



dg Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

**A CURA DI ALESSANDRA ROSSI,
ALICE CAUDURO, EMANUELE ZANALDA**

Limiti e Diritto

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

3/2017

LIMITI E DIRITTO

A CURA DI
PROF. ALESSANDRA ROSSI
DOTT.SSA ALICE CAUDURO
DOTT. EMANUELE ZANALDA

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto ad una revisione da parte di una Commissione di Lettura interna nominata dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza. Detta Commissione ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare l'opera.

© 2017 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Limiti e diritto, a cura di Alessandra Rossi, Alice Cauduro, Emanuele Zanalda

Prima edizione: settembre 2017
ISBN 9788867056323

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Indice

Premessa	7
MAURO BALESTRIERI L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'	9
ALICE CAUDURO I limiti all'attività farmaceutica come garanzia dell'accesso al farmaco	37
ELENA CORCIONE Il consensus come limite all'interpretazione autonoma da parte della Corte europea dei diritti umani	49
ELENA DEMICHELIS - FRANCO PEIRONE Gli strumenti e i limiti del diritto amministrativo nella tutela dell'integrità dei contratti pubblici	61
EDOARDO FERRERO Il contenimento del consumo di suolo come limite della discrezionalità urbanistica	81

FRANCESCO MATALUNI

La riqualificazione della posizione giuridica soggettiva degli utenti dei servizi pubblici e l'importanza degli erogatori: limiti e contro limiti alle diverse esigenze in gioco.

95

GIACOMO PISANI

Universalità e inclusione, oltre i limiti del welfare state

111

EMANUELE ZANALDA

La sanzione amministrativa nella manipolazione del mercato: un limite all'applicazione della sanzione penale?

123

Premessa

Quest'opera raccoglie alcuni scritti di dottorandi e neo-dottorati in Diritti e Istituzioni dell'Università degli Studi di Torino, seguendo il *fil rouge* dei concetti di "Limiti e Diritto".

La scelta di questo tema nasce dalla necessità di riunire contributi in materie giuridiche differenti, le quali hanno in comune la natura pubblicistica, ma ciascuna con declinazioni pratiche eterogenee. Si passa, infatti, dalla filosofia del diritto al diritto amministrativo, dalla prospettiva internazionalistica al diritto penale.

Nel primo contributo, dal titolo *L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'* (M. Balestrieri) si ripercorrono le diverse letture del rapporto tra diritto e violenza e si fa riferimento all'ambiguità del diritto attraverso le letture di W. Benjamin, R. von Jhering, R. Girard. "Se il diritto non è altro che consolidazione della violenza, esso può prodursi tanto a livello interno, come scontro politico o rivolgimento rivoluzionario, quanto a livello esterno, come creazione o modificazione di confini", lo stesso "è coesistente alla violenza a partire dagli stessi presupposti che animano il diritto privato, ossia la volontà e la libertà economica individuali".

Tracce di questi rapporti si rinvergono poi nella descrizione dei limiti positivi all'attività farmaceutica come servizio pubblico, in *I limiti all'attività farmaceutica come garanzia dell'accesso al farmaco* (di A. Cauduro).

Segue poi una prospettiva internazionalista in *"Il consensus come limite all'interpretazione autonoma da parte della Corte europea dei diritti umani"* (E. Corcione), dove il *consensus*, letto come limite alla libertà interpretativa della Corte europea dei diritti umani, viene inteso come "limite finanche all'adozione delle nozioni autonome". E se "la Corte ha ben dimostrato di saper trasformare il consensus da limite interpretativo a supporto decisionale", allora "il vero valore aggiunto del ruolo della Corte non può quindi che essere dato dal superamento di questo limite".

In una prospettiva di diritto amministrativo sono invece analizzati i ca-

ratteri del giudizio amministrativo come limite alla tutela dell'integrità dei contratti pubblici, nello scritto dal titolo "*Gli strumenti e i limiti del diritto amministrativo nella tutela dell'integrità dei contratti pubblici*" (E. De Michelis, F. Peirone).

Sempre nella prospettiva amministrativistica, nella "*Riqualificazione della posizione giuridica soggettiva degli utenti dei servizi pubblici e l'importanza degli erogatori: limiti e contro limiti alle diverse esigenze in gioco*" (F. Mataluni), sono esaminati "i limiti alla posizione giuridica degli utenti in nome degli interessi degli erogatori dei servizi pubblici" e "i limiti alla attività imprenditoriale degli erogatori in nome degli interessi degli utenti dei servizi pubblici". Tali concetti sono ulteriormente esplicitati nel contributo intitolato "*Il contenimento del consumo di suolo come limite della discrezionalità urbanistica*" (E. Ferrero).

L'eterogeneità dell'attuale modello di produzione, che costringe a ripensare le politiche del *welfare* "anziché essere un limite per la costruzione di politiche sociali, consente di superare l'impianto "lavorista" per riconoscere la possibilità universale di esistere dignitosamente" e in tale senso il reddito di esistenza universale è individuato come "dispositivo fondamentale", in "*Universalità e inclusione, oltre i limiti del welfare state*" (G. Pisani).

Infine, il contributo di diritto penale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, espone il concetto di *limiti e diritto* in relazione alle fattispecie del reato finanziario di manipolazione del mercato. "*La sanzione amministrativa nella manipolazione del mercato: un limite all'applicazione della sanzione penale?*" (E. Zanalda) è, infatti, il quesito che si pone l'autore.

La pubblicazione di questa raccolta vuole essere di stimolo per i suoi dottorandi a proseguire in questa e altre iniziative di lavoro collettivo, come formazione dottorale e, più in generale, accademica, senza tralasciare l'importanza di potersi confrontare tra colleghi di Dottorato, in un'ottica di crescita comune.

Gli autori ringraziano la Prof. ssa Alessandra Rossi, già Coordinatrice del Dottorato, senza la quale questa raccolta non sarebbe stata possibile.

MAURO BALESTRIERI

L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'

La legge nasce da conflitti reali: massacri, conquiste, vittorie che hanno la loro data ed i loro orrendi eroi; la legge nasce dalle città incendiate, dalle terre devastate; la legge nasce con gli innocenti che agonizzano nell'alba che sorge. (...). Ci si impone di ritrovare il sangue seccato nei codici, e non l'assoluto nel diritto, dietro la fugacità della storia.

M. FOUCAULT, *Difendere la società* (1976)

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'*arcaico* della legge. — 2. Walter Benjamin, ovvero la *violenza* fondatrice. — 3. Rudolf von Jhering, ovvero la *forza* del diritto. — 4. Renè Girard, ovvero la *mimesi* della violenza.

1. Introduzione: l'*arcaico* della legge

Come giustamente è stato notato, pensare l'*archè* della legge — vale a dire il suo *inizio* ed allo stesso tempo il suo *fondamento* — implica prima di tutto pensare la 'violenza' del suo meccanismo regolatore, ossia quel dato primigenio inscritto in filigrana nell'azione stessa della norma giuridica che si rivela tanto nel gesto eclatante della forza-di-legge, quanto nel suo essere, prima di tutto, strumento di comando e di coercizione¹. La violenza è il

¹ Per queste riflessioni iniziali, si veda F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979, 7 e ss. Dello stesso autore, per un'inquadramen-

vero *arcaico* del diritto: essa, fin dalla raffigurazione mitica che il pensiero greco ne ha fatto, è una «realità cosmica», una forza a tal punto intollerabile ed intollerante da spingere la comunità civile a distaccarsene con un atto di limitazione, di contenimento, e cioè proprio attraverso la *forza* della legge². Eppure, senza alcun tipo di provocazione, si può dire che in essa la violenza continua ancora ad operare «pur se in modo a volte occulto e sotterraneo», rimanendo «sempre in agguato», pronta «a risorgere più virulenta che prima»³.

Di certo, l'idea filosofica che alberga al cuore di questa impostazione è la *lectio* imperitura di Eraclito, secondo cui *pòlemos* sarebbe padre e re di tutte le cose⁴. Quando Carl Schmitt inviò a Martin Heidegger una copia della terza edizione del suo *Il concetto di 'politico'* (1932), proprio il famoso frammento 53 vi compariva come accompagnamento e come dedica 'speciale'⁵. Per Schmitt, come per Heidegger, il diritto è contesa, lotta, sopraffazione ed Heidegger stesso, bisogna riconoscerlo, fu particolarmente fedele a tale

to analogo sul tema, cfr. anche *Bia. Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Giuffrè, Milano, 1983, 21–5.

2 F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto*, cit., 8.

3 *Ibid.*, 9.

4 La corretta traduzione del brano è la seguente: «Guerra | è padre di tutti (gli esseri viventi) e re di tutti, | pertanto rende gli uni dèi, gli altri uomini, | fa schiavi alcuni, gli altri liberi». Il frammento è il numero 53 dell'edizione Diels–Kranz, ora in ERACLITO, *Testimonianze, imitazioni frammenti* (a cura di R. Mondolfo, L. Taràn, M. Marcovich), Bompiani, Milano, 2007, 479 e ss. Quasi impossibile fornire una bibliografia soddisfacente su questo frammento–emblema del pensiero presocratico. Per quanto qui interessa, relativamente alla sua declinazione in termini giuridico–politici, si vedano almeno: U. CURI, *Pensare la guerra. L'Europa e il destino della politica*, edizioni Dedalo, Bari, 1999; ID., *Pòlemos. Filosofia come guerra*, Bollati Boringhieri, Torino 2000; J. DERRIDA, *Politiche dell'amicizia*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1995.

5 L'episodio è ricordato da J. DERRIDA, *Politiche dell'amicizia*, cit., 377, nota 39, nonché da F. FISTETTI, *Heidegger e la rivoluzione nazionalsocialista*, in AA. VV., *La Germania segreta di Heidegger* (a cura di F. Fistetti), Dedalo, Bari, 2001, 63 e ss. e da E. FAYE, *Heidegger, l'introduzione del nazismo in filosofia*, L'asino d'oro edizioni, Roma, 2012, 245 e ss. Nella lettera di risposta (datata 22 agosto 1933 e pubblicata nella rivista *Telos*, 72, estate, 1987 – Special Issue: *Carl Schmitt: Enemy or Foe?*, 132) Heidegger menziona esplicitamente il frammento 53 di Eraclito, ringraziando Schmitt per la preziosa citazione del filosofo greco, nonché, soprattutto, per aver congiunto il termine *pòlemos* con quello di *basileus*. Ad ogni modo, non è soltanto in questa 'presunta' dedica (o lettera di accompagnamento) ad Heidegger che ritroviamo il nome del pensatore presocratico. Schmitt ne alluderà anche, brevemente ma con precisa intenzionalità, in *Terra e mare* (1942): «La guerra accomuna, dice Eraclito, e il diritto è contesa» (in C. SCHMITT, *Terra e mare*, Adelphi, Milano, 2002, 77).

suggerimento. Nella sua ultima attività didattica, svoltasi nel semestre invernale 1966/1967 presso l'Università di Friburgo, il filosofo tedesco ed il suo allievo Eugen Fink tennero un seminario specificamente dedicato all'esegesi dei frammenti eraclitei. In quella sede, proprio il concetto di *pòlemos* verrà avvicinato a quello di *archè*, permettendo così di intravedere come Eraclito, attraverso il suo costante riferirsi alla signoria dello scontro e del conflitto, colga «in un linguaggio quasi poetico il senso della ἀρχή del movimento. [...] L'origine prima del movimento è anche l'origine prima del dominare e del guidare»⁶.

2. Walter Benjamin, ovvero la *violenza fondatrice*

In un breve saggio giovanile intitolato *Per la critica della violenza* (1921), con una prospettiva che si profila fin da subito tanto messianica quanto giuridica, anche Walter Benjamin ha potuto dimostrare come la violenza (*Gewalt*) che *fonda* la legge non vada esaurita a seguito della semplice *prassi istituyente*, ma permanga, in modo occulto, nelle pieghe della sua stessa configurazione dinamica⁷. Citando l'*incipit* del saggio, «[i]l compito di una

6 M. HEIDEGGER – E. FINK, *Eraclito. Seminario del semestre invernale 1966/1967*, Laterza, Roma–Bari, 2010, 32. Ovviamente, non si dimentichino anche gli importanti riferimenti al concetto di *pòlemos* che appaiono in un'opera cardine del pensiero heideggeriano, ossia l'*Introduzione alla metafisica* (1935), nella cui interpretazione: «ciò che viene qui denominato πόλεμος è un conflitto che emerge prima di ogni cosa divina e umana. Non si tratta di una guerra di tipo umano. La lotta, così com'è concepita da Eraclito, è quella che anzitutto fa sì che l'ente si ponga come distinto nel contrasto, e che acquisti la sua posizione, la sua condizione, il suo rango. [...] È nell'esplicarsi vicendevole del contrasto che si produce il mondo. [...] Πόλεμος e λόγος sono la stessa cosa», in M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, Mursia, Milano, 1968, 72. Per un commento a questo passo, si vedano J. DERRIDA, *L'orecchio di Heidegger. Filopolemologia*, in ID., *La mano di Heidegger* (a cura di M. Ferraris), Laterza, Roma–Bari, 1991, 157–8; H.-G. GADAMER, *Eraclito*, Donzelli, Roma, 2004, 58.

7 W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Editori Riuniti, Roma, 2011, 91. Per una bibliografia secondaria su questo importante (ed assai citato) saggio, cfr. almeno J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, 71 e ss.; ID., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 68 e ss.; J. HABERMAS, *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980, 263 e ss.; E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 9 e ss.; ID., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma–Bari, 2003, 26; P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, 65–7; M. TOMBA, *La giustizia come vero a priori del tempo*, in AA. VV., *Le vie della distruzione. A*

critica della violenza si può circoscrivere alla presentazione del suo rapporto con il diritto e la giustizia»⁸. Questo rapporto, da sempre predominio delle due opposte correnti del giusnaturalismo e del giuspositivismo, merita tuttavia per Benjamin un approfondimento maggiore, più ampio e trasversale, e tale in definitiva da non farsi racchiudere negli schemi strategici di una semplicistica polemica filosofica, ma suscettibile al contrario di uno studio critico-politico più esteso. Se, infatti, per il diritto naturale la violenza è semplicemente «un prodotto naturale, una sorta di materia bruta» rispetto alla quale è possibile ricorrere liberamente tranne quando si perseguono fini 'ingiusti', per il diritto positivo essa è, al contrario, un «risultato storico» che legittima la posizione del più forte nella sua attività di conformazione e di istituzione del diritto sovrano⁹. Ma, proprio per questo dice Benjamin, «occorre trovare un punto di vista al di fuori della filosofia del diritto positivo, ma anche al di fuori della filosofia del diritto naturale»¹⁰: occorre, in altre parole, svolgere un'analisi più sottile, più istituzionale, ma allo stesso tempo anche più *corpuscolare* e sociale della 'violenza'. Non è un caso, d'altronde, che proprio questo termine, laddove restituito al suo originario corrispondente tedesco, intersechi una polisemia di significati che valgono già di per sé ad evidenziarne la sorprendente ambivalenza strutturale. *Gewalt*, infatti, può voler dire tanto "forza", quanto "potere legale", quanto infine "autorità legittima". Ecco perché esiste qualcosa *di più*, secondo Benjamin, rispetto al semplice contrapporsi di giusnaturalismo e di giuspositivismo; qualcosa, in

partire da "Il carattere distruttivo" di Walter Benjamin, Quodlibet, Macerata, 2010, 171–88; ID., *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, in W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, Alegre, Roma, 2010, 9–53; M. CACCIARI, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in *Il Centauro*, 2, 1981, 66–71; F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo. Interpretazione naturalista e interpretazione legittimativa della violenza*, in *Iride*, 3, 2004, 648 e ss.; M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, in *Sociologia*, XLIV, 1, 2010, 17–22; L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, in *Sociologia*, XLV, 1, 2011, 141–9; J.-R. MARTEL, *Divine Violence. Walter Benjamin and the Eschatology of Sovereignty*, Routledge, New York, 2012; W. SCHINKEL, *Aspects of Violence. A Critical Theory*, Palgrave, Londra, 2010, 84 e ss.; W. HAMACHER, *Affirmative, Strike*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, 1133–57, nonché i numerosi contributi raccolti in AA. VV., *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno* (a cura di M. Ponzi e B. Witte), Nino Aragno, Torino, 2006.

8 W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 91. Riprendendo a tal proposito quanto detto in G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 72, pensare la connessione irriducibile che avvicina diritto e violenza «è la premessa necessaria, e ancor oggi insuperata, di ogni ricerca sulla sovranità».

9 W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., 92–3.

10 *Ibid.*, 94.

altri termini, che interroghi la dinamica del diritto fin nella sua più arcaica identità genetica¹¹.

Nelle brevi ma dense riflessioni del saggio, il problema cruciale del rapporto tra diritto e forza appare tratteggiato in termini di lotta per il *monopolio* di una ‘forma–formante’ (la violenza, appunto) autonomamente in grado di frantumare l’edificio friabile dell’ordine costituito. Il diritto, così si può dire, considera la violenza pura, non mediata dai meccanismi intermediatori, già come una prima forma di *minaccia* nei confronti dell’ordinamento statale. Tale contestazione non si spinge però nei confronti di *ogni* possibile impiego della violenza, ma appunto soltanto verso quella che, potenzialmente riottosa, giace nelle mani di un qualsiasi individuo isolato, o tenda al contrario a strutturarsi gerarchicamente in opposizione alla forza legittima dello Stato¹². La violenza *contra legem*, la sua «mera esistenza al di fuori del diritto»¹³, come dice Benjamin, è un qualcosa che inquieta e mette in crisi *in primis* l’esistenza stessa della compagine statale, proprio qualora essa si agglutini nell’intenzionalità consapevole di rovesciare l’ordinamento costituito. Il diritto di sciopero, ad esempio, è un piccolo ma significativo indizio — una misura, si direbbe, di segno *opposto* — di questo eclatante timore statale: per la paura che le rivendicazioni sindacali si trasformino brutalmente nelle tinte feroci di una lotta di classe finalizzata ad imporre la propria autonoma forma di diritto, la potestà statale rinuncia vietarne cittadinanza. Concedendo la libertà di arrestare *tout court* il processo produttivo, lo Stato agisce con l’intento più complessivo di scongiurare qualunque esacerbazione delle proteste

11 Sui molteplici significati del termine *Gewalt*, cfr. già F. JESI, *Esoterismo e linguaggio mitologico. Studi su Rainer Maria Rilke*, Quodlibet, Macerata, 2002, 29. Come dirà Jacques Derrida, il nodo cruciale attorno a cui Benjamin costruisce la propria riflessione è quello del «fondamento mistico» dell’autorità, ossia il segreto che si raccoglie attorno al suo momento sorgivo, a quell’occulta relazione che collega legge, autorità e violenza. Qui si gioca davvero l’*arcano* del diritto, ossia quel processo di scrittura e di ri-scrittura performativa del medesimo nelle forme della pratica violenta sulla vita e sulla morte. Come si vedrà a proposito della riflessione sulla pena di morte, è la trasgressione della legge, a rendere manifesta la forza stessa della legge, ed a convocare, disvelandole, le forze sopite che l’hanno prodotta. Cfr. in tal senso, F. GARRITANO, «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 7–44. Come scrive anche M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, cit., 18, in gioco vi è una vera e propria critica dello Stato, finalizzata ad aggredire «il suo fondamento reale (la forza) e la sua maschera legittimante (il diritto) disvelando la loro mutua implicazione, sia per quanto riguarda l’origine della forma giuridica (violenza che crea il diritto) che la sua vigenza (violenza che conserva il diritto)».

12 G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70.

13 W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., 96.

violente¹⁴. Lungo questa stessa direttrice, la forma più acuta di violenza istitutiva resta quella bellica, che per Benjamin appare quasi come la naturale prosecuzione di quella della classe operaia organizzata: essa infatti è «originaria e archetipica» rispetto al diritto, perché determina la genesi dei corpi politici così come la loro dissoluzione, anche se in forma più corpuscolare ed (apparentemente) innocua compare già nelle fortunate gesta del «gran criminale». Quest'ultimo — una sorta di figura di costume per metà appartenente al regno quotidiano della malavita e per l'altra all'immaginario mitico popolare — fa ancora trasalire con un fremito di ammirazione la coscienza collettiva del popolo, proprio «come faceva nelle epoche primitive», poiché rimanda all'origine della sovranità, all'azione imperturbabile di un soggetto che si mostrava il detentore ultimo della violenza; a quell'individuo, in altri termini, che in un passato remoto recava su di sé «le stimate del legislatore o del profeta»¹⁵. Da ciò l'ambiguità del diritto, che risponde attraverso gli obblighi di leva, ossia con una violenza conservatrice uguale, ma di valore opposto, incorporata nei meccanismi di difesa dello Stato.

Vi è, tuttavia, un preciso passaggio nel testo di Benjamin in cui il meccanismo della *Gewalt* si iscrive definitivamente nella *genesì* del diritto. Trattando a proposito della pena di morte e delle critiche che nel corso del XIX e XX secolo essa ha sollevato, Benjamin suggerisce che la contestazione radicale di questo istituto non conduce ad una disapprovazione della semplice misura penale, o delle leggi particolari dettate in tema di detenzione carceraria, bensì verso «il diritto stesso nella sua origine»¹⁶. Esso, infatti, per mezzo di quella sovranità sulla vita e sulla morte che costantemente si trova ad esercitare attraverso la potestà suprema di infliggere salvezza o sacrificio, inizio o termine all'esistenza, riafferma regolarmente se stesso di contro a potenziali contraddizioni interne. Attraverso questo processo, il diritto giunge ad inscrivere tanto la propria *origine*, quanto il proprio *destino* nelle forme terribili di una prassi mortifica e gestionale, nel sangue versato e nel potere conquistato. È per queste ragioni, aggiunge Benjamin con un'enfasi

14 F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo*, cit., 648; M. TOMBA, *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, cit., 41-2. Evidente, qui l'influsso che Georges Sorel (più volte citato nel saggio) ha esercitato su Benjamin, in particolare con il suo *Considerazioni sulla violenza* (1908), in cui vengono distinte due diverse forme di sciopero: quello generale politico e quello generale proletario.

15 Così, J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 108. In questo senso, si può dire dunque sulla scorta delle riflessioni di Derrida e Benjamin, il 'gran criminale' è consustanziale alla legge, poiché per l'appunto rimanda al suo essenziale momento iniziale, alla presenza fondatrice e marcante della forza assoluta.

16 W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., 102.

quasi espressionistica, che esiste allora «un che di marcio nel diritto»¹⁷: esso attinge precisamente alla sua *violenta ed ambigua* instaurazione, alla sovrana e tirannica prassi di dominio, di cui ancora oggi, seppur in modo apparentemente distratto, è possibile divenire diretti testimoni. Il diritto appare in una luce tanto ambigua perché si incista fin nei più basilari istituti di diritto privato (come, ad esempio, gli accordi tra privati, o il contratto) e pur dando l'impressione, apparentemente innocua, di situarsi al di fuori di ogni esito violento, ciononostante continua a mantenerne, in modo surrettizio e latente, la forza cogente alla radice del suo stesso operare. Qui Benjamin introduce il discorso sulle negoziazioni di diritto privato:

[Il contratto giuridico] difatti, per quanto possa esser stato stipulato pacificamente dai contraenti, porta comunque in ultima analisi ad una possibile violenza. Infatti conferisce ad ogni parte il diritto di ricorrere alla violenza contro l'altra, in qualche maniera, qualora dovesse violare il contratto. Non soltanto: come l'esito, così anche l'origine di ogni contratto rimanda alla violenza. Non occorre che sia immediatamente presente in esso nel porre il diritto, ma vi è rappresentata (*vertreten*), nella misura in cui il potere che garantisce il contratto giuridico è a sua volta di origine violenta, quando addirittura non venga immesso in conformità al diritto in quello stesso contratto con la violenza.¹⁸

Il diritto è allora coesenziale alla violenza a partire dagli stessi presupposti che animano il diritto privato, ossia la volontà e la libertà economica individuali. Ed è davvero stupefacente qui il gesto compiuto da Benjamin, che con un solo tratto di penna riesce a congiungere (quasi genealogicamente) la violenza della pena di morte con il contratto tra privati, ossia il massimo della durezza giuridico-penale con lo strumento principe di regolazione degli affari economici così come diffuso nel modello borghese ottocentesco del capitalismo. Per questo, chiosa ancora lapidariamente Benjamin, «[s] e scompare la coscienza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, questo decade». Senza violenza non potrebbero esserci né contratti, né clausole aventi *forza di legge* tra privati, né istituzioni o Stati, esattamente come nella Repubblica di Weimar — il particolare periodo storico contemporaneo alla scrittura di questo saggio — non esistevano più *parlamenti* degni di questo nome, ma soltanto camere collegiali ridotte all'ombra di loro stesse, incapaci alla radice di qualunque effettiva decisione politica, perché troppo indaffarate ad imbastire sterili discussioni nelle forme di fiacchi compromessi governativi. È il *senso* della violenza, per Benjamin, che

17 *Ibid.*, 105.

18 *Ibid.*

non può mancare: soltanto il suo *ricordo* quale origine costituente della legge può dare *forza* alla legge stessa.

Sta dunque qui la funzione della violenza nella posizione del diritto: duplicemente scandita dal costruire e dal distruggere, dall'istituire e dal destituire, dalla violenza che *pone* e da quella che *conserva*, essa si incardina infine nel «diritto pubblico», ove si materializza come fenomeno originario di posizione dei confini e fissazione delle gerarchie.

La critica della violenza è la filosofia della sua storia. [...] Uno sguardo indirizzato solo a ciò che è più prossimo è in grado al massimo di rivelare un saliscendi dialettico nelle configurazioni della violenza che pone e conserva il diritto. La cui legge di oscillazione si fonda sul fatto che ogni violenza che conserva il diritto, alla lunga indebolisce indirettamente la violenza che lo pone, che in essa è rappresentata (*repräsentiert*), attraverso la repressione delle contro-violenze nemiche. [...] Ciò dura finché non vincono nuove violenze, oppure le violenze prima represses si affermano su quella che finora ha posto il diritto e di qui fondano un nuovo diritto fino a una nuova decadenza. Sull'interruzione di questo circolo nell'incantesimo delle forme mitiche del diritto, sulla deposizione del diritto insieme alle violenze cui questo è rimesso come queste ad esso, da ultimo cioè sulla potestà statale, si fonda una nuova epoca storica.¹⁹

Se il diritto non è altro che consolidazione della violenza, esso può prodursi tanto a livello interno, come scontro politico o rivolgimento rivoluzionario, quanto a livello esterno, come creazione o modificazioni dei confini. In questa operazione ancestrale che da sempre marchia l'agire dei popoli, Benjamin intravede l'ordine destinale del diritto: il fenomeno originario di formazione della sovranità statale è congiunto con la creazione di un destino di inclusione o di esclusione, di accettazione o di espulsione di chi giace al di là di tali frontiere²⁰. Sta dunque qui l'origine del *mito* e della violenza²¹. O meglio: l'origine del diritto quale incarnazione moderna di un potente *residuo* mitico. In esso «risiede l'atavico perpetuarsi del potere del mito», il triste intrecciarsi di colpa, esistenza e infelicità²². La vita immortale del diritto ha permesso alla sua tenaglia di sottrarsi all'esaurimento dei millenni, fino ren-

19 *Ibid.*, 119–20.

20 Per queste suggestioni, cfr. M. TOMBA, *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, cit., 22–3.

21 Come ricorda Benjamin nei suoi *Passages*, «[l']essenza dell'accadere mitico è la ripetizione» e, poco prima, «[l']eterno ritorno è la forma *fondamentale* della conoscenza storico-originaria, mitica (mitica appunto perché non riflette» (in W. BENJAMIN, *Opere complete*, IX, I «*passages*» di Parigi, Einaudi, Torino, 2000, 128–9).

22 Per queste riflessioni, cfr. quanto efficacemente sostenuto in L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., 143 e ss.

dersi presenza viva e attiva alle soglie della modernità. Simmetricamente, la potenza del mito, il suo essere narrazione ‘sempre uguale’ di un determinato evento, si insinua nell’agire stesso del diritto, estendendone il raggio d’azione²³. Se, nel seguire il tracciato predisposto da Benjamin, il movimento archetipico della legge può dirsi il disegno di una *ellissi*, nello scorrere dialettico dal primo al secondo dei due fuochi immaginari, la violenza del diritto riproduce incessantemente quello strano ‘incantesimo’, quell’alternanza di creazione e di distruzione, di istituzione e di de-stituzione che può dirsi il marchio autentico, la struttura genetica del *nòmos*. Essa è una funzione dei rapporti di forza, una “altalena dialettica” dei conflitti e dei processi storici, che secondo il pensatore tedesco si duplica da sempre fin dall’*origine* di ogni meccanica giuridico-politica di fondamento del diritto²⁴.

Ma questa origine, nuovamente, non è affatto il remoto ancestrale, bensì la sua cifra consueta. Come scrive ancora Derrida, essa è davvero «un silenzio murato nella struttura violenta dell’atto fondatore»²⁵, una sostanza *mistica* che si insinua al cuore di qualsiasi istituzione. Presentandosi inaspettatamente nella ricorrenza del caso ‘serio’ o, ancora, nell’improvviso mutamento rivoluzionario, il fondamento ultimo si rivela proprio per la sua non-fondazione, ossia per quella «*decisione eccezionale* che non appartiene ad alcun *continuum* storico» ma che al contrario spezza, in un gesto eccedente, la *routine* sclerotizzata della burocrazia statale. Per mezzo di essa, tuttavia, la creazione di un nuovo diritto si produce nella *rappresentazione* offuscata ed indistinguibile delle due violenze, inscrivendo così «l’iterabilità nella originarietà»²⁶ e «la ripetizione al centro dell’originario»²⁷. La forza-di-legge è precisamente questo elemento indeterminato, un dispositivo ‘mistico’ che «può essere rivendicato tanto dall’autorità statale [...] che da un’organizzazione rivoluzionaria»²⁸; in quanto tale, esso fluttua nelle dinamiche di creazione e costituzione dei corpi politici come un’entità che *sta*

23 Come scrive ancora L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., 143, «[i]l diritto, estendendosi nel corso dei secoli, ha permesso al fiume carsico del mito di mantenersi e sfociare nella modernità; il suo ambito è quello del magnetismo della *Mythologie*. Lungi dall’essere quel luogo che rescinde i legami con le indefinite forme dell’ancestrale, *Recht* per Benjamin viene ad indicare la concretizzazione normativa di quel *Schuldzusammenhang* che costituisce la cifra della condizione mitica».

24 F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo*, cit., 652 e ss.

25 J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 63.

26 *Ibid.*, 109.

27 *Ibid.*, 106.

28 Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 52, che proprio per queste ragioni propende per disarticolare il concetto di ‘forza’ dal suo ancoraggio necessario alla parola ‘legge’.

fuori e che purtuttavia *appartiene* allo stesso regno della legge.

È forse in questo senso che va colto, allora, il vero *paradosso* dell'ordine costituito: ammettendo la violenza quale genesi del giuridico, esso ospita al suo interno un vero e proprio dispositivo di auto-affondamento che è «in logico contrasto con la sua aspirazione ad essere regolazione stabile di una comunità»²⁹; in breve, una forza 'anomica' che «fa vivere la costituzione in una situazione di perenne emergenza», minacciandola di farla «improvvisamente cadere senza avere strumenti giuridici di difesa»³⁰. Il 'paradosso' dell'iterabilità impone infatti che «l'origine debba originariamente ripetersi e alterarsi per valere *come origine*, cioè per conservarsi»³¹. Il destino della legge, per Benjamin, è allora l'*eterno ritorno* della violenza³². Essa è 'osce-na' e va di conseguenza occultata, mascherata, perché ingloba al suo interno lo *scandalo* puro di una totale illegalità, la 'filosofia della storia' di una continuità violenta che si svolge ininterrottamente nel corso delle epoche³³.

Qualche anno dopo la scrittura del breve *Per la critica della violenza*, Benjamin ultimerà uno dei suoi più importanti lavori: *Il dramma barocco tedesco* (1926). In un brevissimo paragrafo incluso nell'introduzione del saggio, il pensatore tedesco si soffermerà ancora una volta sul significato e sulla funzione del termine 'origine':

L'origine, pur essendo una categoria pienamente storica, non ha nulla in comune con la genesi [*Entstehung*]. Per «origine» non si intende il divenire di ciò che scaturisce, bensì al contrario ciò che scaturisce dal divenire e dal trapassare. L'origine sta nel flusso del divenire come un vortice, e trascina dentro il suo ritmo il materiale della propria nascita.³⁴

Come ha avuto modo di chiarire Giorgio Agamben, per Benjamin l'origine «cessa di essere qualcosa che precede il divenire e resta separato dalla

29 G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, cit., 527.

30 V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., 79.

31 J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 113.

32 M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, cit., 20.

33 In questi termini, cfr. F. GARRITANO, «In nome della legge», cit., 23. Che la violenza non sia lo specchio di un agire remoto o anacronistico, ma rappresenti al contrario il linguaggio attuale (e perenne) dell'antagonismo sociale è considerazione che si ritrova anche nelle penetranti riflessioni di M. MAFFESOLI, *Essais sur la violence banale et fondatrice*, Librairie des Méridiens, Parigi, 1984, 12 e ss.

34 W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999, 20.

cronologia»³⁵; essa, al contrario, è *contemporanea* al processo storico, ne accompagna il succedersi cronologico e per questo, proprio in quanto *archè*, ne è «un *a priori* storico»³⁶, una sostanza cioè che resta iscritta nella sua stessa tramatura e nella sua stessa immanenza. Orientandosi verso un contesto più spiccatamente giuridico–politico, diversamente dall’approccio di Schmitt — parimenti orientato allo sguardo sull’abisso del ‘politico’, ma teso salvificamente alla ricerca di un principio d’ordine — Benjamin pensa la vorticosità delle forme e delle istituzioni in una cattura ‘fuori dal dominio della storia’ e, allo stesso tempo, nell’orizzonte destinale della contingenza pura³⁷. Per questo, sempre secondo Benjamin, «l’originario non si dà mai a conoscere»: nel suo doppio movimento che collega come un elastico il passato al presente, esso giace «come qualcosa di imperfetto e di inconcluso», come una traccia della preistoria pronta a re–inscriversi però nelle pieghe del presente. È in tale circostanza che nasce, propriamente, il c.d. «compito dello studioso», un approccio orientato nella consapevolezza del «marchio d’origine nei fenomeni», di quella scoperta costante prodottasi in una esplorazione intellettuale che disvela «la dialettica [...] intrinseca all’origine». Solo questo gesto può, forse, far emergere come «l’unicità e la ripetizione si condizionino l’un l’altra»³⁸. E solo in questo modo, come ha di recente suggerito Giacomo Marramao, l’*Origine (Ursprung)* in Benjamin può dirsi costantemente *unerfüllt* e *unerfüllbar*: insatura e insaturabile³⁹. Se vi è davvero una *contingenza* dell’*archè*, un vortice archetipico onnipresente che inghiotte le macerie del moderno per restituire lo scheletro, allora esso vede proprio nel diritto la sua più eclatante apertura. Ed è così, come in una sorta di invincibile principio di necessità scandito dal ritmo lento di una coazione a ripetere, che questa ‘*tautologia*’ del violento si profila nel suo fulgore abbagliante; una *tautologia* che vede nella sua peregrinazione immortale e nel suo incedere inesauribile lo srotolarsi ostinato della storia dei popoli⁴⁰.

35 G. AGAMBEN, *Il fuoco e il racconto*, Nottetempo, Roma, 2014, 63.

36 *Ibid.*, 63.

37 Accenna alla differenza Schmitt–Benjamin relativamente al tema dell’*origine*, C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, 50–2.

38 W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., 20–1.

39 Così G. MARRAMAIO, *Sulla teologia politica ‘post–religiosa’ di Walter Benjamin*, in AA. VV., *Teologia e politica*, cit., 37.

40 Sulla ‘*tautologia*’ della violenza in Benjamin, cfr. ancora L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., 148.

3. Rudolf von Jhering, ovvero la *forza* del diritto

L'esito della riflessione benjaminiana sul 'politico' può evidentemente essere accolta come il prodotto più tipico di un pensiero "eterodosso" e "marxista", a tratti tendente verso l'esaltazione rivoluzionaria, a tratti di stampo messianico, a tratti ancora inaspettatamente più vicino alle posizioni cattoliche e conservatrici di un Carl Schmitt⁴¹. Eppure, ci si potrebbe domandare verso quali altri autori, soprattutto di scuola più tradizionalmente giuridica, Benjamin possa aver rivolto la propria attenzione. È stato di recente suggerito che esisterebbe tanto a livello concettuale, quanto più strettamente a livello terminologico e lessicale, un singolare vicinanza tra le posizioni del filosofo tedesco e quelle, di pochi anni anteriori, espresse dal giurista Rudolf von Jhering in una delle sue più celebri opere⁴². Curiosamente, infatti, anche in Jhering diritto (*Recht*) e forza (*Gewalt*) appaiono congiunti da una stringente affinità⁴³. Nel suo *Lo scopo nel diritto* (1877), il giurista tedesco ha cura di delineare alcuni insegnamenti elementari che costituiranno, di fatto, l'appoggio per le sapide considerazioni benjaminiane⁴⁴. Per Jhering, la forza sta semplicemente nell'ordine naturale dell'esistente, tanto da appartenere sia a corpi animati, sia a quelli inanimati. Se per questi ultimi essa

41 Su tutti questi aspetti, cfr. la postfazione di M. PALMA, *Benjamin scrittore politico*, in W. BENJAMIN, *Scritti politici*, cit., 327 e ss.

42 Cfr. A. HONNETH, *Saving the Sacred with a Philosophy of History. On Benjamin's "Critique of Violence"*, in ID., *Pathologies of Reason. On the Legacy of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 2009, 103 e ss.: «Above all, Benjamin must have engaged intensively with a work of legal theory that today enjoys a legendary reputation, even if it is mentioned neither in his letters nor in his works. I refer to the two-volume *Der Zweck im Recht* [*The End in Law*] (first edition 1877, second edition 1884), in which Rudolf von Jhering sought to establish a foundation for legal theory».

43 Sull'importanza fondamentale di questo mutamento di prospettiva rispetto alle due scuole giuridico-filosofiche classiche del XIX secolo (vale a dire, il *diritto naturale* di ispirazione razionalistico-francese, da un lato, e la *scuola storica* di Von Savigny nella sua declinazione romantico-tedesca, dall'altro), cfr. le parole di M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 55, 1957, 610: «Jhering est l'un de ces penseurs qui marquent une rupture dans l'histoire des idées, et qui remettent en question la façon même d'aborder les choses. Quand il définit le Droit comme étant la politique de la force, quand il affirme que ce n'est pas au nom de la vérité mais à la lumière du but à atteindre qu'il faut considérer le Droit, il n'ajoute pas seulement une conception à d'autres conceptions, il rompt, selon ses propres paroles, avec toute une tradition du Droit et de la philosophie, il pose les questions fondamentales qui continuent de nous agiter aujourd'hui».

44 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (a cura di M.-G. Losano), Einaudi, Torino, 1972.

si dà solo metaforicamente, come ad esempio è il caso per la della forza di un terremoto o per quella di un ciclone, per i primi è finalizzata invece ad un obiettivo ben preciso, vale a dire alla «conservazione e [al]la difesa della propria vita»⁴⁵. È da questa basilare e millenaria considerazione che il giurista tedesco concepisce e deriva la funzione del diritto in seno alla comunità: essa nasce per tutelare reciprocamente i singoli dalla violenza reciproca e, allo stesso tempo, per costituirne un argine. Eppure, se «[f]in dalle origini, l'uomo avrebbe sentito (ed il suo innato senso del diritto glielo avrebbe insegnato) che diritto e forza sono inconciliabili e che la forza deve sottomettersi al diritto», tuttavia, «questo quadro non è che la proiezione nel passato delle nostre idee odierne»⁴⁶. In quella rappresentazione antropologicamente pessimistica quale può essere quella che, in qualche modo, ha influenzato anche Benjamin, Jhering ritiene che l'*egoismo*, scandito a sua volta dalle molle della ricompensa e della coercizione, abbia dettato la storia delle dominazioni dell'uomo sui proprio simili, fino al punto che il diritto stesso, nella sua funzione di conservazione dell'ordine sociale, ne sarebbe divenuto la risultante più nitida⁴⁷. In questo senso «[l]a forza non si ritira [...] per far posto al diritto, ma conserva immutata la sua posizione, aggiungendovi soltanto il diritto come elemento accessorio»⁴⁸. In altri termini essa è un'istanza latente, che in quanto tale assurge a 'forza giusta', o meglio a forza *legale*.

45 *Ibid.*, 177. La bibliografia disponibile su questo Autore è oramai semplicemente sterminata, tanto che qualunque opera di ricognizione complessiva risulta in sé alquanto difficoltosa o, peggio, difettosa; si segnalano, di conseguenza, i contributi ritenuti maggiormente rilevanti. Tra tutti, valgano i classici di F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968 e ID., *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè, Milano, 1980, 150 e ss.; in aggiunta, K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, 17 e ss., 58 e ss.; E. PARESCHE, voce *Jhering Rudolf (von)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, UTET, Torino, 1962, 151 e ss.; F. STURM, *Rudolf von Jhering: scienza ed insegnamento del diritto romano*, in *Studi Senesi*, LXXXIII, 1971, 23 e ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'*, in *Quaderni fiorentini*, XXI, 1992, 177 e ss.; C. VANO, *Il 'Grand Tour' del giurista. Spunti per una riflessione sull'Italia di Rudolf von Jhering*, in *Index*, XXIII, 1995, 193 e ss. Sullo specifico tema della 'forza' quale anima del diritto, si vedano D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, Giuffrè, Milano, 1959, 39 e ss.; M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, in *Giornale di storia costituzionale*, 18/II, 2009, 111–32; M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., pp. 609–31; F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo, 1974, 23–50.

46 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., 182–3.

47 F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., 39; D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., 56.

48 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., 184.

Per questo il diritto non include alcuno scopo di giustizia, non è «quanto di più elevato vi sia al mondo, [...] ma è soltanto un mezzo diretto ad un fine, ed il suo fine ultimo è l'esistenza della società». In ciò, nell'essere semplice mezzo di organizzazione della violenza, il diritto assurge icasticamente a «politica della forza»⁴⁹.

Attraverso questa posizione teoretica e giusfilosofica, di notevole rottura rispetto all'intera tradizione precedente, Jhering di fatto contribuisce a delineare uno studio 'genealogico' del diritto *avant la lettre*, se così si può dire, come quando ad esempio ha cura di ricordare in modo del tutto esplicito che «[a]nche nel diritto [...] non si può né si deve negare alla scienza di far oggetto della propria ricerca lo stato embrionale del diritto»⁵⁰. Lo stato 'embrionale' di cui qui si discute e che sorprendentemente il giurista tedesco porta così nitidamente alla luce è, ancora una volta, quella commistione di origine e violenza, di fondazione e comando che sta all'origine di ogni istituzione. Ed è nel trarlo fuori dal tempo, con un gesto che eternizzandolo in una sorta legge di necessità lo avvinghia alla struttura di ogni ordinamento giuridico, che Jhering ancora una volta cerca di dare un senso all'ambigua parola 'diritto', anche qui raccolta intorno alla polisemia ineludibile del termine *Gewalt*⁵¹.

Il diritto diviene per Jhering tanto poco essenziale rispetto al più imperioso dominio della violenza che, qualora si riscontrasse che il primo non fosse più in grado di assistere la società nello scopo di conservarne le basi elementari, è la seconda ad intervenire per «compiere ciò che è necessario»: così, «nella vita dei popoli e degli stati prende [...] forma lo stato di emergenza»⁵². Tale istituto, contraddistinto come è noto dal *cedimento* del diritto a favore della forza militare, e che come lo stesso Jhering ha cura di far notare possiede precise tracce nella storia antica del diritto romano arcaico, nonostante appaia certamente condannabile sul piano della moralità pubblica, è purtuttavia una «valvola di sicurezza», un dispositivo salvifico che per Jhering consente allo stato «di far fronte alle necessità senza violare il drit-

49 *Ibid.*, 184.

50 *Ibid.*, 176.

51 Anzi: a dar fede a D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., 130, per Jhering «la *Gewalt* non solo esiste prima del diritto, ma è essa ed essa sola che lo consacra». Da ciò la conclusione dell'Autore, secondo cui «[è] evidente allora che, per Jhering, l'attenzione è rivolta più alla *Gewalt* che allo stesso *Recht*. Più esattamente, il problema si sposta da un'indagine formale, propria del positivismo giuridico, cioè dall'indagine intorno alla validità e alla certezza del diritto, a un'indagine contenutistica, intorno all'efficacia del diritto, alle norme come sono effettivamente applicate mediante la forza, che è nello stesso tempo, produttrice del diritto».

52 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., 185.

to»⁵³. Colpi di stato e rivoluzioni giacciono sicuramente in una sfera politica che sta *oltre* la sfera del diritto; eppure, soggiunge il giurista tedesco,

al di sopra del diritto è la vita; e se la situazione concreta è quella da noi ipotizzata — cioè una situazione di emergenza politica riducibile all'alternativa: o il diritto o la vita — non vi possono essere dubbi sulla decisione da prendere: la forza sacrificherà il diritto per salvare la vita.

Se l'ipotesi di una vicinanza intellettuale tra Jhering e Benjamin ha un senso, difficile allora non rilevare l'eco profondissima che queste parole possono aver suscitato nel filosofo tedesco: dalla ricorrenza dello stato di eccezione, all'apprezzamento politico delle rivoluzioni, fino alla considerazione della *vita* — quasi della 'nuda' vita, verrebbe da dire — come istanza superiore ed allo stesso tempo co-implicata nei più salienti istanti politici, tali fattori si riversano in blocco verso una concezione del diritto che, in definitiva, fa della sua struttura una perenne nudità⁵⁴. Ma è in un altro passaggio, in un modo se possibile ancor più netto, che la riflessione di Jhering sembra congiungersi tanto potentemente con quella di Benjamin giungendo entrambe a saldarsi attorno al comun denominatore della violenza quale materia bruta *ab origine* inclusa e accomodata nel diritto. Come si può leggere in un denso paragrafo relativo alla meccanica sociale della coercizione:

[i]n questo senso non ho vergogna di tessere l'elogio della forza, abbandonando così la tradizionale concezione giuridica e giusfilosofica. [...] In caso di necessità, la forza può esistere senza il diritto e ne ha pure fornito la prova concreta. Il diritto senza la forza è invece un nome privo di realtà, poiché soltanto la forza, realizzando le norme del diritto, fa del diritto ciò che esso è e deve essere. Mi piacerebbe sapere in che modo il diritto avrebbe potuto fondare il suo regno, se la forza non gli avesse aperto la strada, piegando con pugno ferreo le volontà contrastanti ed abituando gli uomini alla disciplina ed all'obbedienza. Esso avrebbe costruito sulla sabbia.

53 *Ibid.*, 185.

54 Sulla nudità del diritto nel momento in cui si confrontano le spinte arcaiche della violenza e della forza, cfr. le penetranti riflessioni di Y. MICHAUD, *Violence et politique*, Gallimard, Paris, 1978, 135: «[l]'apparition de la nudité du droit n'est rien d'autre que celle de la violence qui lui est consubstantielle. La violence le traverse de part en part: elle le fonde, le défend, et la change. Dans la phobie qu'il en manifeste, le droit dissimule que c'est d'elle qu'il vient et qu'elle est sa dernière ressource pur se maintenir. Le désenchantement du droit, l'apparition de ses rapport avec la violence ne peuvent déboucher que sur sa crise: traversé par la violence, il n'est plus le droit mas violence parmi les violences. C'est la fin de la transcendance du system répressif, où resurgit la possibilité d'une circulation sans fin de la violence».

[...] Uno degli errori fondamentali della nostra concezione dominante del diritto mi sembra essere l'aver troppo trascurato non solo l'elemento ideale del suo contenuto concettuale, ma anche l'elemento reale dell'energia personale. [...] Il diritto non può fare a meno dell'energia individuale. [...] Anche se col passare del tempo l'energia individuale assume forme sempre più compatibili con l'ordinamento giuridico, anche in una situazione regolata dal diritto si verificano casi in cui questa energia rifiuta obbedienza al diritto e — fattasi nuda forza tanto dell'apparato statale (nei colpi di stato) quanto del popolo (nelle rivoluzioni) — compie la medesima opera che già compì costruendo per la prima volta l'ordinamento sociale: statuisce cioè il diritto.⁵⁵

Se il diritto senza energia non è altro che mero *flatus vocis*, se l'ordinamento giuridico non può che erigersi sulla contrapposizione violenta di volontà contrastanti, allora la statuizione del diritto è, in realtà, l'espressione più pura della latenza insorgente della *nuda* forza. Il fondamento del diritto, del tutto specularmente, è saturato precisamente dall'azione di una violenza che sta *oltre* il diritto stesso e che tuttavia mira a determinarne l'azione nell'*immanenza* del suo destino. La fine di ogni trascendenza del fondamento sta nell'accettazione inespressiva del meccanismo delle dominazioni che ne scandisce il ritmo storico. Norberto Bobbio ha espresso questa medesima idea con una caustica espressione: «[c]ome la grammatica è la regola del linguaggio e la moda del vestire, così il diritto è la regola della forza»⁵⁶. E

55 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., 186–9.

56 N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, 126. Poche righe prima, del tutto similmente, può leggersi: «[s] e il diritto è l'insieme delle norme che regolano la coazione, o l'esercizio della forza, ciò significa che la coazione o la forza costituiscono la materia specifica delle norme giuridiche allo stesso titolo che il linguaggio è la materia specifica della grammatica». Tali argomenti verranno successivamente ripresi anche in N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, 77 e ss., ove si ricorderà il celebre passo di sant'Agostino [*De civitate Dei*, IV, 4] sul dialogo tra Alessandro Magno e il pirata: «Senza giustizia, che cosa sarebbero in realtà i regni, se non bande di ladroni? E che cosa le bande di ladroni, se non piccoli regni? Anche una banda di ladroni è, infatti, un'associazione di uomini, nella quale c'è un capo che comanda, nella quale è riconosciuto un patto sociale e la divisione del bottino è regolata secondo convenzioni primieramente accordate. Se questa associazione di malfattori cresce fino al punto da occupare un paese e stabilisce in esso la sua propria sede, essa sottomette popoli e città e si arroga apertamente il titolo di regno, titolo che le è assegnato non dalla rinuncia alla cupidigia, ma dalla conquista dell'impunità. Intelligente e verace fu, perciò, la risposta data ad Alessandro il Grande da un pirata che era caduto in suo potere. Avendogli chiesto il re per quale motivo infestasse il mare, con audace libertà, il pirata rispose: "Per lo stesso motivo per cui tu infesti la terra; ma poiché io lo faccio con un piccolo naviglio sono chiamato pirata, perché tu lo fai con una grande

Jhering, di fatto, sembra incarnare precisamente questo aspetto: il diritto è «*le triomphe de la force*», coincide con la forza, si mantiene e si diffonde *solo attraverso* l'esercizio della forza⁵⁷.

Come già brevemente anticipato, la significativa posizione di rottura espressa da queste idee può apprezzarsi solo alla luce della tendenza, del tutto contraria, fino ad allora dominante nella scienza del diritto ottocentesca. Per Savigny e Puchta, ad esempio, la formazione del diritto non è l'esito della contrapposizione violenta di due distinte volontà, ma, all'opposto, la gemmazione impercettibile e naturale di un *processo spontaneo*, una sorta di sviluppo organico che procede dall'interno, ossia dalla coscienza culturale del popolo (in questo caso, tedesco). Il diritto non ha così bisogno di alcuna lotta, di alcun combattimento per affermarsi, perché animato prima di tutto da una «forza della verità che agisce silenziosamente, che si apre la strada senza sforzi violenti lentamente, ma con sicurezza»⁵⁸. Ciò che Jhering compie, pur ritenendosi orgogliosamente allievo di tali insigni maestri, è invece un drastico ribaltamento della *genealogia* del diritto nei suoi aspetti tanto giuspubblicistici quanto giusprivatistici — una rivoluzione che si produce propriamente attraverso una considerazione 'polemica' del tema dell'origine e della sua diretta influenza sul regno del contemporaneo⁵⁹. Rifiutando l'evoluzionismo spontaneo tipico della Scuola storica, Jhering accoglie la violenza dell'arcaico e del momento genetico della legge nel cuore stesso del diritto. Quest'ultimo, specularmente, diviene semplice autocontrollo della *Gewalt*, violenza originaria dei privati quale elemento sistemico e fon-

flotta, sei chiamato imperatore»».

57 M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., 619.

58 R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi* (a cura di R. Racinaro), Giuffrè, Milano, 1989, 88.

59 Cfr. in tal senso le parole di F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., p. 28, secondo cui il vero punto fermo di tutte le analisi del giurista tedesco attiene precisamente alla «risoluzione del problema della genesi del diritto». Sulla Scuola storica e sulla pandettistica, si vedano almeno A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, xxxi, Giuffrè, Milano, 1981, 592 e ss.; G. ORRÙ, voce *Pandettistica*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, 250 e ss.; ID., voce *Scuola storica del diritto*, *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVIII, Utet, Torino, 1998, 197 e ss. Per l'incrocio tra la corrente culturale del romanticismo e quella della nascente Scuola storica tedesca, cfr. P. GROSSI, *L'europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007; E. TROELTSCH, *Lo storicismo e i suoi problemi. Sul concetto di sviluppo storico e sulla storia universale*, II, Guida, Napoli, 1991, 69 e ss.; G. MORETTI, *Heidelberg romantica. Romanticismo tedesco e nichilismo europeo*, Guida, Napoli, 2002, 98 e ss.

dativo di ogni dominio⁶⁰. Un esempio eclatante che Jhering adduce è quello della 'proprietà'. Anch'essa, con una suggestione che richiama le successive riflessioni di Carl Schmitt, condivide il medesimo, duplice volto di Giano della legge. Lungi dall'essere soltanto una semplice manifestazione di diritto soggettivo, essa va colta soprattutto come «processo sociale di appropriazione», come «esito costante di una lotta», in altri termini, come immagine doppiamente riflettente di violenza e acquisizione, di lotta e conquista⁶¹.

Solo in questo modo si può allora comprendere perché diritto e forza rimangano a tal punto co-implicati nel pensiero di questo autore. Nella sua fase genetica, così come in quella susseguente, per Jhering emerge già la *verità* del diritto, il suo essere mezzo per una violenza superiore, e come ancora si leggerà a proposito della condizione naturale della sanzione, «una norma giuridica senza coercizione giuridica è autocontraddittoria, è un fuoco che non brucia, una luce che non risplende»⁶². Ogni diritto, dalle società primitive fino a quello attuale, è conquista della forza⁶³. Davanti allo sbigottimento della 'anime belle' che rimuovono *tout court* il problema della violenza credendo, al contrario, che il diritto sia traffico ordinato delle incombenze e mero adempimento di contratti, Jhering ricorda invece che pensieri simili non appartengono che alla *naïveté* di una concezione romantica ed inconsapevole, ad una idealizzazione 'miticheggiante' che idolatra il passato facendone il regno della poesia epica e che fraintende il presente, osservandolo nella sua insignificante *routine* bagatellare⁶⁴. Ben al contrario, il culto della forza è qualcosa che appartiene tanto al passato, quanto al contemporaneo:

60 Cfr. M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, cit., 120 e ss.

61 In questo senso, R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, cit., 86, nonché M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma*, cit., 118.

62 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 233. Per questo, come può scrivere M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., 615: «La force, tout d'abord, maintient le Droit. [...] Mais la force fait davantage pour le Droit: elle est en réalité son principe même, l'élément premier de sa définition». In modo del tutto simile, F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., 42, quasi richiamando le posizioni di Benjamin, fa notare come in Jhering «la forza gioca un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto».

63 Così D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., 41, che prosegue «[e]d ogni modificazione del diritto, che sia veramente una modificazione, che penetri, cioè, nel vivo dei rapporti sociali e che non sia puramente formale e tecnica, è sempre guerra contro interessi costituiti».

64 Già I. PETRONE (in *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania: analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, E. Spoerri Editore, Pisa, 1895, 47) poteva parlare di un «arcadico mitologismo» della Scuola storica.

è la cesura ed allo stesso la soglia che permette di cogliere la vera *lotta* per il diritto, la sua evoluzione e, in modo sincronico ma inevitabile, la sua lenta dissoluzione. Ed è qui, allora, che giace il vero «volto tragico della storia», lo sguardo declinante di chi ha compreso che il perenne dissidio che anima il diritto si snoda non nel regno pacifico del *Volksgeist*, ma nella tensione inestinguibile di una lotta tra interessi contrapposti⁶⁵.

Certamente, resta ancora da dire, è stato un compito ‘ingrato’ quello compiuto da Jhering. Al dominio della ragione e della sua chiarezza riconciliante, alle immagini sognanti di un ideale arcadico innocuo perché fuori dal tempo e dalla storia, il giurista tedesco ha dovuto sovrapporre con tenacia, e forse con dolore, la preminenza del fattuale, l’esistenza cruda della *forza* nel suo opporsi incessante alla pace ed all’ordine. Nello sguardo degli antichi, egli può aver forse trovato un primo ed essenziale conforto, come quando al culmine dei suoi studi romanistici poteva scrivere che «[i]l mondo appartiene alla forza individuale, ciascuno reca seco il fondamento del suo diritto, egli deve difendersi da sé; ciò è la quintessenza del modo romano antico di comprendere la vita»⁶⁶. In questo senso, gli antichi vedevano e *capivano* la violenza. La nostra riottosità borghese ad apprezzare questo dato tanto eluso, quanto necessario ci fa apparire in confronto come null’altro che timorosi osservatori sciocamente in preda alla senilità più acuta⁶⁷. Così, è proprio in

65 Parla di «volto tragico della storia» D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., 42, che riconduce pure la visione di Jhering ai condizionamenti derivanti dalla filosofia schopenhaueriana.

66 R. VON JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, I, Pirota, Milano, 1855, 86. Sul punto, cfr. inoltre l’*Introduzione* di F. Fusillo a R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1990, xxiii e ss.; nonché R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002, 33–4, il quale da ultimo ha particolare cura nel sottolineare l’importanza centrale dell’orizzonte culturale di Roma antica per Jhering, della «nuda evidenza» del contrasto violento, della forza e del sangue dei fondatori, fino al punto da consentire al giurista tedesco l’identificazione immediata tra i concetti di *praeda* (preda, conquista, bottino) e di *praedium* (fondo territoriale). Se entrambe le entità sono infatti il frutto della dinamica violenta che le ha precedute, della *praedatio*, e quindi *segnature* viventi, come dice Jhering, dell’idea «molto caratteristic[a], che la lingua [latina] per indicare il terreno, anziché attenersi alla qualità prossima della immobilità scelga l’idea remota della preda» (R. VON JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, cit., 88), allora il diritto stesso, per il giurista tedesco, non è che forma originaria dell’*appartenenza*, scaturigine belluina dell’ordine arcaico e della società politica. Si noti, se così è, il profondissimo legame che congiunge tale formulazione ‘spaziale’ della legge in Jhering alla concezione analoga del *nómos* in Schmitt, come poco sopra è stata illustrata.

67 «Le nostre idee attuali, il nostro rifuggire dalla forza sarebbe sembrato loro addirittura incomprensibile, quasi un sintomo di debolezza senile. Noi tuttavia possiamo e dobbiamo comprenderli, anche se essi non avrebbero potuto comprendere noi» (in R. VON JHERING,

questo gesto, titillante e 'terapeutico' nello stesso tempo, in questa rievocazione cruda della *genesis* della legge nella sua egoistica finalità sovrana che il pensiero gius-filosofico ha potuto trovare, forse, un primo ma significativo tornaconto intellettuale. Con un tratto di penna che abbraccia sia l'arcaico, sia il contemporaneo, sia il passato, sia il futuro anteriore, la narrazione dischiusa dalle opere di Jhering diverrà infatti la storia coeva delle tre figure dell'*archè*, della *Gewalt* e del *nòmos* nella loro corrispondente incarnazione di *tesi*, *antitesi* e *sintesi* del pensiero giuridico moderno.

4. Renè Girard, ovvero la *mimesi* della violenza

Se Von Jhering costituisce, come forse si può dire, uno dei punti di inizio del pensiero giuridico moderno ai fini di una riflessione concettualmente 'matura' sui rapporti tra diritto e violenza — e se Schmitt e Benjamin ne rappresentano, unitamente, le corrispondenti tappe *intermedie* — colui che da ultimo ha approfondito questo medesimo tema, alla luce però delle sue diramazioni più spiccatamente antropologico-culturali è, senza ombra di dubbio, Renè Girard⁶⁸.

È nota l'ipotesi scientifica che in uno dei suoi primi lavori — *La violenza e il sacro* (1972) — Girard iscrive al cuore della cultura umana nella sua totalità: secondo l'antropologo francese, l'intero orizzonte politico, giuridico, mitologico, religioso e anti-religioso riposa sulla rammemorazione inconscia di un gesto brutale e feroce, di una violenza (denominata per l'appunto "fondatrice") di cui le figure scabrose della *vittima sacrificale* e del *capro espiatorio* costituirebbero i più eclatanti versanti etnologici:

Perché l'ordine possa rinascere bisogna anzitutto che il disordine arrivi al culmine, perché i miti possano ricomporsi bisogna anzitutto che siano interamente decomposti. Là dove qualche momento prima c'erano mille conflitti particolari, mille coppie di fratelli nemici isolati gli uni dagli altri,

Lo scopo nel diritto, cit. 188).

68 Su Renè Girard — per i temi che qui specificamente interessano — si vedano almeno: C. FLEMING, *Renè Girard. Violence and Mimesis*, Polity, Cambridge, 2004, 41 e ss.; W. PALAVER, *Renè Girard's Mimetic Theory*, Michigan State University Press, East Lansing, 2013, 135 e ss., 275 e ss.; E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli Editore, Milano, 1984, 9–14; ID., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma–Bari, 2006; R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 42 e ss.; L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria. Il problema politico e giuridico in Renè Girard*, in L. ALFIERI, C.-M. BELLEI, D.-S. SCALZO, *Figure e simboli dell'ordine violento. Percorsi tra antropologia e filosofia politica*, Giappichelli, 2003, 17–51; L. ÖSTMAN, *The Sacrificial Crises: Law and Violence*, in *Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture*, 14, 2007, 97–119.

c'è nuovamente una comunità, interamente una nell'odio che le ispira uno soltanto dei suoi membri. Tutti i rancori sparsi su mille individui differenti, tutti gli odii divergenti, ormai convergeranno su un unico individuo, la *vittima espiatoria*. La direzione generale della presente ipotesi sembra chiara. Qualsiasi comunità in preda alla violenza e oppressa da qualche disastro al quale è incapace di porre rimedio si getta volentieri in una caccia cieca al 'capro espiatorio'.⁶⁹

Come si vede, al contrario di quanto potrebbe apparentemente pensarsi, la violenza primigenia non è dunque la diretta responsabile della *dissoluzione* delle istituzioni; al contrario, secondo Girard, essa funge da riserva di energia per il sorgere del futuro ordine nascente, da *unanimità violenta* che prelude al sorgere di un nuovo equilibrio politico — ma tutto questo sempre, ovviamente, a patto che essa venga neutralizzata e convogliata nei confronti di un preciso destinatario⁷⁰. La violenza, come fa notare Roberto Esposito, «non è qualcosa che colpisc[e] la comunità dall'esterno, ma che nasce al suo interno»: essa è «l'interno della comunità cresciuto fino a traboccare rovinosamente fuori di sé»⁷¹. Così, individuata la figura di una vittima espiatoria, di un soggetto periferico, catturato nella soglia che divide interno ed esterno della comunità, quelle aggressività fluttuanti ed incontrollabili che si scatenano inevitabilmente in seno al complesso sociale si scaricano esaurendosi nel rito sacrificale e rinascono, subito dopo l'atto violento, come restaurazione dell'ordine e della pace. La violenza è il *sempre-presente* della civiltà, non solo occidentale, umana; essa è un fluido, un morbo infettivo che negativamente attraversa la comunità, ma è anche, singolarmente, il principio base che ne realizza la compattezza, che ne cura le deformità. Il meccanismo che qui si staglia all'origine, per Girard, non è però, banalmente, quello della 'colpa' da scontare: «[n]on c'è nulla da 'espiare'. La società cerca di sviare in direzione di una vittima relativamente indifferente [...] una violenza che rischia di colpire i suoi stessi membri, coloro che intende proteggere a tutti i costi»⁷². Non vi è quindi nessun 'dio', anche se così viene scenicamente predisposto, a reclamare il fumo delle ecatombi: il gesto sacrificale ha puramente e semplicemente un'infallibile *funzione sociale*. Esso, per Girard, sarebbe un atto di salvezza che la comunità in conflitto si autoimpone proprio per dissolvere la vertigine scandalosa della violenza e della reciproca animosità,

69 R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, 118. Sul meccanismo del 'capro espiatorio', si veda ovviamente lo studio, di pochi anni successivo, specificamente dedicato: ID., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987, 22 e ss.

70 Insiste brevemente su questo punto, anche F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto*, cit., 8.

71 R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 43–4.

72 R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 17.

con lo scopo di reintegrare ciclicamente l'ordine politico perduto. Attraverso una vera e propria operazione di «transfert collettivo», i rancori, le ostilità, le ineliminabili velleità di aggressione intestine si polarizzano fulmineamente sul capo impotente della vittima per poi dissiparsi, annichilandosi, lungo un procedimento che è solo fintamente trascendentale, ma così immanentemente radicato nell'esigenza concreta di riappacificazione interindividuale⁷³. Figure di questo 'stratagemma' sussistono copiose nella storia dell'antropologia culturale: il *pharmakos* greco, l'*homo sacer* latino, a tratti lo stesso *re* 'impuro' delle monarchie africane (per non citare i casi più diffusi di prigionieri di guerra, schiavi e fanciulli) funzionano tutti come perfetti vettori sostitutivi della discordia intra-sociale, e quindi come catalizzatori 'a funzione rilasciata' della negatività riconvertita in serenità. L'ambivalenza e la duplicità lessicale di questi termini, la natura ancipite che vale ad inscrivere complessivamente nel doppio registro del positivo e del negativo, del salvifico e del maledetto, esprimono per l'appunto la dualità della funzione da essi stessi esercitata: attrazione su di sé della violenza malefica e trasformazione in forza benefica; purificazione dalla macchia del gesto omicida e sublimazione irenica nel nuovo tessuto riappacificato. Edipo, per Girard, è l'emblema per eccellenza di questo travagliato percorso: il suo essere dapprima salvatore della città di Tebe e poi figlio maledetto scacciato dai suoi confini, rappresenta l'essenza stessa della figura redentrice, del «salvatore temibile e misterioso che rende gli uomini malati per poi guarirli»⁷⁴. Non a caso, è la tragedia greca stessa, per Girard, ad incarnare il genere letterario che meglio mette in luce la dinamica della violenza originaria⁷⁵.

Ora, questa medesima esperienza, presente e arcaica, primitiva ma contemporanea, è, per Girard, la matrice invisibile di una delle strutture più enigmatiche del sapere antropologico, vale a dire il *mito*. In esso, confluirebbero e prenderebbero forma quegli stessi meccanismi violenti che, come appena si è detto, innervano di senso le esperienze del rito sacrificale. Tutto questo è infatti perfettamente visibile nei c.d. *miti d'origine*, i quali si rifanno costantemente all'uccisione di una creatura mitica da parte di altre creature mitiche: «[t]ale evento», nota Girard, «è inteso come fondatore dell'or-

73 *Ibid.*, 22. Come scrive opportunamente L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., p. 22: «[l]'essenziale, infatti, non è tanto la punizione, quanto il ritrovarsi uniti nel punire. In quest'atto la comunità si riconosce nuovamente, recupera il suo orientamento di senso e le sue regole, rifonda, nell'esclusione violenta del diverso indifferenziatore, appunto le differenze che garantiscono l'ordine, partendo dalla differenza primaria, quella tra chi uccide e chi viene ucciso, cioè tra i tutti innocenti e l'unico colpevole, tra coloro che esistono legittimamente e colui che non dovrebbe esistere».

74 R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 126.

75 *Ibid.*, 403-4.

dine culturale. Dalla divinità morta provengono non soltanto i riti ma anche le regole matrimoniali, i divieti, tutte le forme culturali che conferiscono agli uomini la loro umanità»⁷⁶. L'evento originario è sempre e chiaramente un'uccisione: nella sua 'banalità storica' esso rappresenta la traccia di un linciaggio fondatore, di una catalizzazione dell'unanimità violenta verso l'edificazione di un nuovo disegno culturale. L'atto che ha istituito la società umana affonda quindi in una scena di violenza: essa non è positivamente ricostruibile, ma è compresente nelle sue ripetizioni. Il suo 'mistero' fa tutt'uno con la sua rievocazione.

Ma non solo. È proprio qui, quando il mito diviene «memoria storica», «ricordo di un evento» indefinitamente presente ma lontano, «meccanismo sociale che continuamente si ripete»⁷⁷, che esso fa tutt'uno con un'altra dimensione, parimenti determinante e parimenti enigmatica, rappresentata dalla sfera del religioso e del *sacro*⁷⁸. Sacro e violenza assurgono a chavistelli intellettuali che consentono la decodifica di un intero orizzonte di senso, del tutto impercettibile se confinato nella moderna, e riduttiva, prospettiva positivistico-razionalista:

[i]l sacro è tutto ciò che domina l'uomo con tanto maggior sicurezza quanto più l'uomo si crede capace di dominarlo. Quindi, tra l'altro, ma secondariamente, il sacro sono le tempeste, gli incendi di foreste, le epidemie che decimano una popolazione. Ma è anche e soprattutto, pur se in maniera più velata, la violenza degli uomini stessi, la violenza posta come esterna all'uomo e confusa oramai con tutte le altre forze che gravano sull'uomo dal di fuori. È la violenza che costituisce il vero cuore e l'anima segreta del sacro.⁷⁹

Il sacro è *sublime*: esso governa senza essere governato; plasma a suo piacimento l'ordine della comunità; aleggia come misteriosa sostanza incatturabile. Ma insieme al sacro è l'*origine*, l'*archè* a dominare l'uomo, a rinchiuderlo e tormentarlo nella sua coazione a ripetere, condannandolo alla

76 *Ibid.*, 134.

77 Per queste formulazioni, cfr. L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., 18.

78 Con le parole di Girard, «[l]a presenza del religioso all'origine di tutte le società umane è un fatto indubitabile e fondamentale. Di tutte le istituzioni sociali, il religioso è la sola cui la scienza non sia mai riuscita ad attribuire un oggetto reale, un'autentica funzione. Noi quindi affermiamo che il religioso ha come oggetto il meccanismo della vittima espiatoria; la sua funzione consiste nel perpetuare o nel rinnovare gli effetti di quel meccanismo, ossia nel mantenere la violenza fuori dalla comunità» (R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 134-5).

79 *Ibid.*, 52-3.

non–evasione dalle maglie dell'arcaico nelle quali, fin dal sorgere della civiltà, egli riposa.

Davanti all'obiezione secondo cui il meccanismo mimetico descritto da Girard peccherebbe in fondo di vetustà, giacché nella società di oggi riti violenti di questo tipo sembrano affatto assenti, Girard ha cura di far notare che la violenza e il sacro si occultano proprio là dove il modo di pensare più razionalistico e moderno tende ad espungerne, con un gesto di stizza, qualunque conservazione. Il mito, il rito, l'esperienza scabrosa del sacro non abitano nella bizzarria delle culture primitive o nei *report* degli archeologi occidentali; essi *persistono* nell'ordine contemporaneo, ma in forma trascolorata, 'secolarizzata' si potrebbe quasi dire, puntando tutti univocamente verso il proprio principio generatore:

[d]ietro le forme sacrificali, tutte derivate le une dalle altre, non c'è un 'proprio' nel senso in cui lo ricercano la filosofia e, poi, le altre forme del pensiero occidentale, per esempio la sociologia o la psicoanalisi, ma *c'è un evento reale e originario* la cui *essenza* viene sempre, e in modo ineguale, *tradita* da tutte le traduzioni e derivazioni metaforiche costitutive del pensiero occidentale.⁸⁰

In questo luogo preciso abita l'arcaico, così come si è tentato di definirlo finora; in questa zona di rimozione e di ripetizione Girard squaderna lo *scandalo* della fondazione reiterante della civiltà — non solo occidentale ma mondiale («l'*unità* di tutti i riti») — che congiunge quindi il mondo del mito con quello del sacro fino a quello, apparentemente profano, dell'ordine giuridico–politico⁸¹. In tal senso, l'esempio che il pensatore francese adduce quale testimonianza eclatante di questo passaggio di consegne attiene, per nulla sorprendentemente, proprio al lessico del *diritto*.

Il sistema giudiziario, la pena carceraria, l'istituzione stessa della magistratura penale rappresentano, per Girard, null'altro che l'*ultima* manifestazione della violenza fondatrice: il diritto *sostituisce*, senza sopprimerlo, il congegno della macchina sacrificale. Del tutto similmente rispetto a quanto visto a proposito del capro espiatorio, in questo accesso di forza statale messo in forma dal giudizio penale sul colpevole, il diritto agisce quale matrice

80 *Ibid.*, 412 (enfasi aggiunta).

81 Come ha cura di sottolineare L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., 34, nella teoria girardiana il meccanismo costitutivo dell'assassinio primordiale non è, tanto, la conseguenza di una ripetizione inconscia, quanto, ben più crudamente, il risultato di una pratica *permanente*. In ciò, Girard si allontana dunque dall'interpretazione freudiana delle 'rievocazioni simboliche' dell'uccisione del capo dell'orda, per adagiarsi completamente alla teoria 'mimetica' postulante il sorgere del conflitto per il fatto stesso del darsi di una qualsiasi comunità sociale.

di esacerbazione ed allo stesso tempo di ricomposizione della comunità. Se è vero che ogni *torto* impone una *vendetta*⁸², la pena giudiziaria interrompe, per così dire, qualunque circolo vizioso: essa blocca sul nascere ogni aspettativa privata al risorgere della violenza arcaica e quindi ogni focolaio di destabilizzazione intestina, squadernando quale risposta un'antitetica forma di vendetta — di tipo 'pubblico', se così può definirsi — che a sua volta adempie la propria funzione attraverso quell'intensità schiacciante generata dal monopolio pressoché assoluto di ogni strumento coercitivo:

[i]nvece di sforzarsi d'impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario, come tutti i procedimenti propriamente religiosi, il sistema giudiziario *razionalizza* la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede; la manipola senza pericolo; ne fa una *tecnica* estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza.⁸³

Nel sistema penale alberga il medesimo principio della reciprocità violenta: esso è soltanto proiettato più in alto, in una dimensione *soi disant* 'incivilita', dissimulata ma rivelata infine proprio dalla *tecnicità* della sua manifestazione. Il sacramento del processo non difetta in nulla rispetto al più antico ascendente del 'sacro', se non appunto per il 'tipo' di *trascendenza* che esso evoca: non più la protezione religiosa degli dèi, non più il richiamo misticheggiante al culto degli antenati ricostruttori dell'ordine, ma la prassi 'politica' (e immanente) di un sistema chiamato a garantire in ultima istanza la semplice serenità del vivere quotidiano⁸⁴.

Ma se così è — si intuisce facilmente — il diritto penale «trae anch'esso origine dalla violenza fondatrice»⁸⁵: anzi, ne costituisce il distillato più puro e più micidiale. La giustizia penale è così efficace sul piano della ripetizione viziosa del crimine proprio perché agisce nella *dimenticanza* della sua funzione. La singolare verità è che il ruolo della legge, per funzionare, deve rimanere occulto, implicito, invisibile — proprio come il *sacro*. Anzi, il *diritto* è qui l'erede per eccellenza della sua aura confusa. Come scrive Massimo

82 Impossibile non rimandare, in questa sede, all'ampio lavoro ricostruttivo di carattere antropologico-giuridico compiuto da A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, in particolare 111 e ss. Per un recente commento all'opera, cfr. T. MARCI, *La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L'antropologia del diritto di Antonio Pigliaru*, in *Sociologia*, 1, 2012, 11-33.

83 R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 41.

84 *Ibid.*, 84.

85 *Ibid.*, 413.

Cacciari nel chiosare le intuizioni di Girard, la formazione del sistema giudiziario moderno appare come la «secolarizzazione–razionalizzazione della dinamica del sacrificio, a sua volta “via regia della violenza”»⁸⁶. Ma affinché il dispositivo violento della legge possa funzionare, esso deve per l'appunto *dissimularsi* ed *eclissarsi*, camuffandosi in un giudizio razionale fittiziamente basato sulla concordanza dei codici, rispettoso delle regole della coerenza e tributario del più specchiato progresso culturale. Solo attraverso questa *sostituzione* il diritto può persistere nella propria *arcaica* tecnicità di governo della vita. La vera *crisi* della legge dipende solo dal disvelamento di questa maschera mistificante, di quel varco che apre a null'altro che al territorio *misconosciuto* dell'illegalità e della trasgressione simbolica, in cui l'ambivalenza della vittima sacrificale — malvagia e benefica, mostruosa e salvifica nel medesimo frangente — è destinata ad inserirsi, secondo Girard, permanentemente.

Forse è per questa ragione, argomenta Eligio Resta, che il diritto è «ambiguo»⁸⁷. La 'verità' della sua giustizia non è altro che la 'teologia' della sua violenza; un residuo arcaico dello stato demonico nella cultura umana che si raffina attraverso lo scorrere cronologico, ma senza mai realmente *snaturarsi*. Evocando ancora la figura del *pharmakon*, Resta illumina precisamente la soglia ancipite che unisce e separa le due sfere del salutare e del dannoso, della medicina e del veleno: «[a]ll'origine del pensiero, alle prese con l'inquietudine che la teoria politica hobbesiana interpreta fino in fondo, il gioco dell'ambivalenza, dell'inganno della violenza, si concentra e prende corpo nel “rimedio” del diritto»⁸⁸. Il diritto gioca in questa ambivalenza sfuggente perché è rimedio ed elemento patogeno, cura e malattia: esso 'incorpora' il fluido amorfo della violenza, contaminandosene e moltiplicandosi dalle sue stesse spirali. Per questo, *identità* e *differenza* del diritto si giocano tutte nel suo essere punto di freno o di innesto della violenza. Il filosofo tedesco Franz Rosenzweig, nel suo celebre *La stella della redenzione* (1921) intuì precisamente questo stessa cesura: «ben presto sulle tavole ben salde stabilite dalla legge la vita tumultuosa riprende nuovamente a scorrere» — «il diritto», egli scrive, «era solo la sua prima parola che non può affermarsi contro il mutare della vita». Dopo questa, però, lo stato pronuncia la sua

86 M. CACCIARI, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno*, in *Il Centauro*, 2, 1981, 66–7.

87 E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, cit., 13.

88 E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit., 45. È ovvio che qui uno dei punti di riferimento essenziali tanto per l'argomentazione di Girard, quanto per quella successiva di Resta concerne il fondamentale saggio di J. DERRIDA, *La farmacia di Platone*, Jaca Book, Milano, 2015.

‘seconda’ parola: «la parola della violenza [*Gewalt*]»⁸⁹.

È questa stessa ‘vita fremente’ che Girard ci invita allora a pensare; è questo ‘stare alle calcagna’ della violenza mimetica attorno cui si innesta il vivere collettivo che il tema del *sacro* ci impone di fissare. Certo, si può dire, sussiste un enorme ‘paradosso’ al cuore di tutta la teoria dell’antropologo francese: essa postula l’esistenza *reale, effettiva* di un momento dell’esperienza antropologica che non è, però, direttamente comprovabile. Questa matrice — ed è Girard stesso ad ammetterlo con sincerità — emerge solo *obliquamente*, cioè solo attraverso la comparazione dei testi, l’interpretazione dei simboli e la ricostruzione dei miti: in altri termini, essa è il frutto reale ed invisibile di una lettura dei significati nascosti sotto le rovine polverose di eccedenze rituali⁹⁰. Eppure, la forza di questo stesso pensiero rituale, il suo essere presenza larvata nel lessico della sovranità e del diritto, condensa il risultato de: la spinta vorticoso al ripetersi dell’origine, il gesto protratto della sua incorporazione nel moderno, di quella tendenza irrefrenabile, come scrive Girard, che conduce la comunità ad essere «contemporaneamente attratta e respinta dalla sua stessa origine; [a] prova[re] il bisogno costante di riviverla in forma velata e trasfigurata»⁹¹. Anche per il pensatore francese, si può concludere, l’*arcaico* si trasfigura come idea della legge, del politico e del sacro. L’ambivalenza dell’origine — allo stesso tempo distruttrice e pacificatrice — è un’immagine a specchio: essa fa tutt’uno con la sua natura ancipite, con la figura di una fondazione che è rifrazione speculare della forza, dell’appropriazione, della delimitazione territoriale. Esse non si disgiungono mai da quel doppio ribaltato che è per l’appunto la morte violenta

89 F. ROSENZWEIG, *La stella della redenzione* (a cura di G. Bonola), Marietti, Casale Monferrato, 1985, 355. L’intero brano merita completa menzione: «La violenza fa sì che la vita affermi i suoi diritti contro il diritto. Poiché lui stesso è violento, e non è soltanto stato di diritto, lo stato rimane alle calcagna della vita. Il senso di ogni violenza è che essa fonda nuovo diritto. Essa non è la negazione del diritto, come si pensa, affascinati dal suo fare sovversivo, ma al contrario ne è la fondazione. Ma nell’idea di nuovo diritto si cela una contraddizione. Il diritto, per sua essenza, è l’antico diritto. E così si vede che cos’è la violenza: colei che rinnova il diritto antico» (*ibid.*, p. 356). Per un commento a questi passaggi, cfr. M. CACCIARI, *Icone della legge*, Adelphi, Milano, 1985, 50–51; E. D’ANTUONO, *Ebraismo e filosofia. Saggio su Franz Rosenzweig*, Guida Editore, Napoli, 1999, 157. Emblematica ancora, in questi passaggi, l’insistenza mostrata da Rosenzweig sul rinnovamento dell’*antico* diritto attraverso il mezzo (ed il fine) della violenza, nonché l’idea — sorprendentemente coeva a quella benjaminiana — che la forza affascini di certo per la sua naturale illegalità, ma al contempo non si disgiunga mai dalla pratica *legale* del diritto. Sui rapporti tra l’opera di Rosenzweig e *Per la critica della violenza*, si veda ancora M. CACCIARI, *Diritto e giustizia*, cit., 58 e ss.

90 R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 430.

91 *Ibid.*, 143.

inscritta nel gesto dell'istituzione. Ma proprio come intuiva Benjamin, solo così il diritto, nella sua esistenza di *puro mezzo*, rinuncia a qualunque regno del fine; solo così il circolo della ripetizione, nei suoi lacci inestricabili, collassa in *spirale*.

ALICE CAUDURO

I limiti all'attività farmaceutica come garanzia dell'accesso al farmaco

SOMMARIO: 1. L'accesso al farmaco come servizio pubblico. — 2. I limiti (positivi) all'attività farmaceutica. — 3. Interventi di programmazione e controllo del servizio farmaceutico.

1. L'accesso al farmaco come servizio pubblico.

L'accesso al farmaco si configura come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività allo stesso modo della tutela della salute¹

¹ Sul diritto alla salute nell'ordinamento italiano si vedano: R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di bio-diritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2010, 3 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F. G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2007, 37 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, I, 2006, 655 ss.; R. BALDUZZI, voce *Salute (diritto alla)*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 2593; R. FERRARA, (Voce) *Salute*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, XIII, 1997, 513 ss.; P. VINCENTI AMATO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Milano, 1967, la quale definisce il diritto alla salute come "diritto per ogni individuo che provi la propria indigenza, di esigere le cure, gratuitamente, dagli organi dell'amministrazione diretta o indiretta dello Stato." cit., 103 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Infort. Mal. Prof.*, 1961, I, 1 ss.

(art. 32 Cost.), rispetto alla quale ha funzione strumentale.

Le accezioni di diritto fondamentale dell'individuo² e di interesse della collettività³, che caratterizzano l'accesso al farmaco, si realizzano nel servizio sanitario nazionale il quale assume tra i suoi principi ispiratori quello della tutela della salute nella sua duplice declinazione⁴.

2 Il diritto alla salute viene definito nell'ordinamento italiano come diritto fondamentale con l'entrata in vigore della Costituzione e "innegabile [...] è la forza che deriva a un diritto dall'essere l'*unico* qualificato 'fondamentale'", cit., L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 152. In riferimento alle implicazioni della qualifica di *fondamentale* si rimanda a L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, secondo il quale nulla "impedirebbe [...] che a livello costituzionale si stabilissero quote minime di bilancio da destinare ai vari capitoli della spesa sociale e si rendesse così possibile il controllo di costituzionalità sulle leggi finanziarie", cit., 32. Per una ricostruzione dei rapporti tra allocazione delle risorse, priorità costituzionali e diritti fondamentali, *ibidem*, 156. Si veda inoltre L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013, 10. Cfr. anche in tale senso Corte cost., 19 dicembre 2016, n. 275, laddove afferma che "E' la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Sul rapporto tra principio dell'equilibrio di bilancio e *governance* sanitaria si rimanda a G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governante sanitaria*, Bari, 2016. Per la ricostruzione dei diritti finanziariamente condizionati, invece, si veda F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990 e, in specie, rispetto al diritto alla salute, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F. G. Scoca, F. A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2007, 111 ss. laddove inquadra i diritti finanziariamente condizionati come "posizioni soggettive il cui reale spessore e contenuto (il loro essere diritti in senso proprio e pieno) appare subordinato ai flussi della finanza pubblica, ossia al fatto che vi siano, nel concreto, le disponibilità di bilancio atte a rendere possibili il riconoscimento e la tutela".

3 "L'individuo [...] non è considerato solo in sé stesso, ma anche nella sua posizione di membro della collettività di cui fa parte. Di qui il duplice aspetto e il duplice rilievo, degli interessi assunti in Costituzione: individuale e collettivo insieme. Espresso è infatti il riferimento oltre che ai 'diritti inviolabili' dell'uomo anche ai doveri inderogabili di solidarietà, non solo politica ed economica, ma anche sociale (art. 2)", cit. L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Milano, 1967, 107. Sul rapporto tra interessi individuali e interesse collettivo in riferimento al servizio pubblico si veda M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1957, 163 ss. Sulla sanità pubblica si vedano per tutti: F. CAMMERO, *Sanità pubblica*, in *Principi generali, fonti e organi dell'amministrazione sanitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, IV, parte II, Milano, 1904, 213 ss.; N. AICARDI, *La Sanità*, in *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, *Le funzioni di ordine. Le funzioni del benessere*, a cura di S. Cassese, Milano Giuffrè, 2003, 633 ss.

4 "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della

L'accesso al farmaco e il servizio pubblico⁵ trovano radice comune nel principio di uguaglianza sostanziale; da un lato “nella ricerca del fondamento costituzionale della nozione di pubblico servizio in Italia si è affermata la diretta rilevanza del principio di eguaglianza (art. 3 co. 2 Cost.)”⁶, dall'altro i diritti fondamentali sono considerati parametro e fondamento dell'uguaglianza giuridica, dunque della dimensione “sostanziale” della democrazia⁷.

La realizzabilità concreta dell'accesso al farmaco si risolve nella “figura del servizio pubblico” che, all'interno della cornice costituzionale, “costituisce da sola criterio necessario e sufficiente per determinare i limiti di interventi radicalmente innovatori dell'assetto economico nazionale”⁸.

L'art. 43 Cost.⁹ concorre infatti anche a fissare i limiti all'incisività della riserva e del trasferimento delle imprese sia sul diritto di proprietà (art. 42 Cost.), sia sulla libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)¹⁰. Lo stesso, inoltre, lascerebbe intendere “non solo che vi sono servizi pubblici più essenziali di altri, ma” che “alcuni di essi sono qualificabili, per l'ordinamento, come essenziali in senso assoluto, al di fuori e indipendentemente da ogni giudizio comparativo con altri”¹¹.

Si spiega l'osservazione riferita ai farmaci secondo la quale “la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento [...] sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della

collettività”, cit. Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 1 (I principi).

5 Per un riferimento ai servizi pubblici si rimanda per tutti a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, 1924; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. Sull'“oggetto” dei servizi pubblici si vedano: U. POTOTSCHNIG, in *op. cit.*, 167 ss. e M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 172.

6 Cit. R. CAVALLO PERIN, art. 112, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, diretto da R. Cavallo Perin, A. Romano, Padova, 2006, 606, già in R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

7 Cit. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, 10.

8 Cit. U. POTOTSCHNIG, in *op. cit.*, 47, 48.

9 Sull'art. 43 Cost. si rimanda, in questa sede, per tutti a A. LUCARELLI, *Art. 43*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, vol. I, 883; F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Roma, 1982; A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, 1960; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962; ID. *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

10 Cit. U. POTOTSCHNIG, in *op. cit.*, 47, 48.

11 *Ibidem*.

proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.”¹².

I riferimenti costituzionali della strumentalità del farmaco rispetto alla tutela della salute si rinvencono nella stessa disciplina del farmaco nel Servizio sanitario nazionale laddove stabilisce che “la produzione e la distribuzione dei farmaci devono essere regolate secondo criteri coerenti con gli obiettivi del servizio sanitario nazionale, con la funzione sociale del farmaco e con la prevalente finalità pubblica della produzione”¹³.

È dunque anzitutto attraverso la disciplina della produzione e della distribuzione del farmaco che il servizio pubblico garantisce l'accesso a questo bene¹⁴.

2. I limiti (positivi) all'attività farmaceutica.

Posto che l'accesso al farmaco è garantito attraverso strumenti riconducibili all'organizzazione dei servizi pubblici, all'affidamento al pubblico potere di un'attività economica sostitutiva e integrativa di quella dei privati, nonché al controllo delle iniziative private¹⁵, occorre analizzare in che modo tale garanzia si possa realizzare attraverso i limiti (positivi) di cui all'art. 41 co. 3 Cost.¹⁶, i quali, come noto, caratterizzano l'attività di servizio pubblico.

12 Cit. Corte Cost. 20 marzo 1978, n. 20, “(del resto lo stato di *res communis omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno)”, cit.

13 Cit. Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 29 co. 1.

14 Per quanto attiene alla natura giuridica del bene farmaco, in questa sede, si noti solo come lo stesso venga declinato tramite la dicotomia proprietaria *bene privato-bene pubblico*, alla luce della distinzione tra *bene materiale* e *bene immateriale*, nonché nelle accezioni di *bene necessario-primario* o *bene comune* e in quella di *bene sociale*, accomunate, queste ultime, dalla volontà di evidenziare il legame del farmaco col diritto fondamentale al quale risulta funzionale. Si noti, peraltro, che la “funzione sociale del farmaco” e la prevalente “finalità pubblica” (Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 29 co.1) rievocano il dettato costituzionale della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost., ma non chiariscono la natura giuridica del bene.

15 Sul punto si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 12.

16 Sull'iniziativa economica si vedano M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 373, in particolare laddove individua i caratteri della qualificazione *sociale*, 125 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; F. GALGANO, *Art. 41 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1982, 1 ss. Sull'attività economica e i fini sociali nei pubblici servizi si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 178 ss.; C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*,

Anche alla disciplina della circolazione del farmaco¹⁷, e quindi dell'accesso nell'attuale contesto del mercato internazionale, può essere riferita la considerazione in tema di studi sulla programmazione secondo cui "l'interpretazione dell'art. 41, intorno al quale si sono incrociate le armi delle più diverse teorie giuridiche, economiche e politiche, va fatta non solo nel quadro dell'intero titolo della Costituzione sui rapporti economici e dei principi generali della Costituzione, ma anche nella visione complessiva del sistema generale del nostro Stato, così come esso è oramai configurato dal suo sviluppo storico e definito anche strumentalmente alla carta costituzionale"¹⁸.

Il legislatore non avrebbe in materia di programmazione un'assoluta discrezionalità in quanto i ««fini sociali» cui deve tendere la programmazione o sono addirittura indicati da altre norme costituzionali, o debbono comunque inquadrarsi nel sistema della Costituzione"¹⁹.

Se l'art. 41 Cost. "autorizza di stabilire legislativamente programmi e controlli allo scopo d'indirizzare e coordinare l'attività economica ai fini sociali, con la conseguenza che l'iniziativa economica privata viene così subordinata alle esigenze generali e sociali determinate dalla legge"²⁰, la questione è il grado d'intensità delle limitazioni che la Costituzione consente e l'estensione spaziale della nozione di iniziativa²¹ in riferimento all'accesso al farmaco.

Si tratta, infatti, di "determinare gli strumenti attraverso i quali tale inter-

1962, I, 33 ss.; C. ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41, e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. Cost.*, 1962, I, 48 ss. Sui fini sociali e l'utilità sociale si rimanda a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, in particolare laddove afferma che "non vi è chi non veda come i 'fini sociali' siano precisamente quei fini il cui centro di imputazione giuridica è costituito dalla organizzazione politica, economica e sociale del Paese", 108.

17 L'accesso al farmaco si inserisce all'interno di una dinamica di circolazione delle merci in regime di libero mercato, la cui normativa di riferimento è contenuta nella Direttiva CE/83/2001, recante il *Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano*, recepita con il D. Lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

18 V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, cit., 6,7.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1959, 58, 138 ss.

19 V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, "Sebbene la programmazione non potrebbe in alcun caso annullare completamente la iniziativa privata o essere prevista in odio ad essa", il nostro sistema costituzionale considera la proprietà "come valore non assoluto, ma *strumentale* rispetto a tale dignità e libertà.", cit. 21.

20 Cit. E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, 273.

21 *Ibidem*, 271.

vento si realizza e l'intensità, cioè il grado di penetrazione e vincolatezza, che esso può assumere nei confronti dell'operatore privato"²².

3. Interventi di programmazione e controllo del servizio farmaceutico.

Se l'art. 41 co. 3 Cost. richiama, quali strumenti di intervento pubblico, i programmi²³ e i controlli²⁴, scopo dei quali è l'indirizzo e il coordinamento ai fini sociali dell'attività economica pubblica e privata, la disciplina del farmaco nel Servizio sanitario nazionale assume i concetti di attività economica e fini sociali che, come noto, sono presupposti della suddetta norma costituzionale²⁵.

Quando alla fine degli anni Settanta la disciplina del Servizio sanitario nazionale attribuiva alla legge statale la competenza ad "indirizzare la produzione farmaceutica alle finalità del servizio sanitario nazionale", a definire "la disciplina dei prezzi dei farmaci, mediante una corretta metodologia per la valutazione dei costi" e ad incidere in materia di "brevettabilità dei farmaci"²⁶, veniva al contempo evidenziato come la grave crisi che andava maturando nel settore farmaceutico fosse "più che mai rappresentativa della più generale crisi del paese"²⁷.

22 *Ibidem*, 283.

23 Sui programmi e controlli nel servizio pubblico si rimanda ampiamente a U. POTOTSCHNIG, cit. 236 ss.; E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, cit., "Il programma si differenzierebbe dal piano per un carattere di minor rigidità e vincolatezza [...] mentre la parola piano si collega al cosiddetto dirigismo, che vuole l'economia appunto diretta dall'alto, la programmazione si riferisce piuttosto al semplice coordinamento dell'economia stessa". Cfr. anche V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, 20 ss.. Sempre sulla distinzione tra piani e programmi si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 268.

24 *Ibidem*, 285, "il termine controlli, adottato dall'art. 41, 3 c., Cost., può essere riferito, in una accezione ristretta, soltanto alle attività di vigilanza connesse con al preparazione e l'attuazione dei programmi [...] in un'accezione più lata nel termine nei controlli si possono comprendere tutte le misure volte a disciplinare l'attività economica privata in vista del raggiungimento di finalità pubbliche: in questo senso i controlli in parte coincidono con i programmi in parte esprimono quelle misure restrittive della libertà economica privata che non si inquadrano in un organico schema programmatico". Ampiamente per programmi e controlli si rimanda anche a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

25 *Ibidem*, 180 ss.

26 L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 29 co. 2.

27 FEDERCHIMICI CISL, *L'industria del farmaco è malata. Analisi della struttura produttiva*

Si rilevava, in specie, come l'“industria farmaceutica controllata per buona parte da multinazionali che non sono legate che scarsamente alla politica di questo o quello stato” si ponesse “fuori da una logica di controlli nazionali in sé necessaria per fare decollare la programmazione”²⁸.

Ciò posto, se i programmi e i controlli, di cui all'art. 41 co. 3 Cost., sono considerati elementi e fondamento dell'attività di servizio pubblico²⁹, gli stessi sono dunque anche strumenti di disciplina del servizio pubblico farmaceutico. Mentre il programma disciplina l'attività definendone la misura³⁰, configurandosi perciò come limite positivo e negativo della dimensione dell'attività³¹, i controlli rivestirebbero invece una funzione accessoria ai primi³².

Molteplici sono gli strumenti di intervento pubblico sull'attività farmaceutica che possono essere qualificati come programmazione e controllo di servizio pubblico.

Si pensi alla concessione di licenze obbligatorie, accordabili dalle autorità statali con l'obiettivo di “migliorare l'accesso a medicinali a prezzi abbordabili”³³, invero da collocarsi nel quadro degli interventi autoritativi a

e occupazionale del settore farmaceutico, a cura di F. de Brabant, Roma, 1979, 273.

28 *Ibidem*.

29 Elementi costitutivi della disciplina dell'attività si rinvergono nella “determinazione dei programmi e dei controlli e l'articolazione dei medesimi nella forma dell'indirizzo e del coordinamento” U. POTOTSCHNIG, cit., 236. Sull'effetto giuridico di rilievo economico che produce il programma di servizio pubblico si veda R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., 31.

30 U. POTOTSCHNIG, in *op. cit.*, 248.

31 *Ibidem*, 250.

32 *Ibidem*, 299.

33 Cfr. il Considerando 5 del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006 n. 816/2006/CE concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica. Sul rifiuto di licenze e abuso di posizione dominante con effetti di impedimento della concorrenza cfr. M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, in *Quaderni di Aida*, n. 10, Milano, 2004, 173 ss.. Sulle licenze obbligatorie anche in riferimento ai principi attivi farmaceutici si veda G. Florida, *Le licenze disciplinate dalla legge*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, 277 ss.. Si veda anche A. COGO, *La determinazione amministrativa dei corrispettivi*, in *AIDA*, 2012, 9 ss.. Cfr. inoltre il c. d. Accordo TRIPs, (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), firmato a Marrakech il 15 aprile 1994, ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 e approvato dal Consiglio con decisione 94/800/CE del 22 dicembre 1994. La “Dichiarazione sul Trips e la salute pubblica” siglata a Doha il 14 novembre 2001, nell'ambito della Conferenza ministeriale dell'OMC, nota

garanzia dell'accesso al farmaco nei Paesi con problemi di salute pubblica³⁴.

Tra gli interventi pubblici indirizzati alla produzione sono inoltre ascrivibili gli strumenti di incentivo alla produzione previsti dalla disciplina dei c. d. farmaci orfani³⁵.

La disciplina della produzione di questi farmaci stabilisce che gli Stati possano accordare incentivi pubblici e diritti di esclusiva di mercato, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla disciplina brevettuale, in ragione del rischio dell'assenza di investimenti da parte delle industrie farmaceutiche nella produzione di farmaci destinati alla cura di malattie rare.

La disciplina dei farmaci orfani stabilisce così un'eccezione al divieto di aiuti di Stato alle imprese³⁶ sulla base della considerazione che “i pazienti colpiti da affezioni rare dovrebbero aver diritto ad un trattamento qualitativamente uguale a quello riservato agli altri pazienti”³⁷.

La produzione dei farmaci orfani pone così la questione della *doverosità*³⁸ dell'intervento pubblico nell'attività di ricerca e sviluppo di innovazione farmaceutica³⁹.

come “Dichiarazione di Doha”, “recognize that intellectual property protection is important for the development of new medicines. We also recognize the concerns about its effects on prices”.

34 Questo strumento è stato pensato per migliorare “l'accesso a medicinali a prezzi abbordabili” per i Paesi con problemi di salute pubblica (Considerando 5 del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006 n. 816/2006/CE). Si noti come la limitazione alla sola esportazione verso questi Paesi ignori il fenomeno crescente della negazione dell'accesso al farmaco anche nei Paesi sviluppati.

35 Cfr. il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1999, 2000/141/CE concernente i medicinali orfani.

36 Sugli aiuti di Stato si rimanda per tutti a F. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997.

37 Considerando 2 del Regolamento 141/2000/CE.

38 Sulla *doverosità* degli investimenti nelle priorità costituzionali si rimanda a L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013, in particolare sulle conseguenze di questo inquadramento sullo spazio di discrezionalità del legislatore.

39 “La teoria economica corrente giustifica l'intervento pubblico quando i benefici di un investimento per la società sono maggiori dei benefici privati (e dunque è improbabile che un privato sia disposto a investire)” come “il finanziamento della ricerca di base (un “bene pubblico” di cui è difficile appropriarsi). Eppure meno di un quarto degli investimenti in ricerca e sviluppo (R&S) realizzati negli Stati Uniti appartiene a questa tipologia. Per tradurre in realtà grandi progetti visionari, come mandare “l'uomo sulla Luna” o creare la visione da cui è scaturita internet, è servito ben più di un semplice calcolo del rapporto tra

Oltre ai richiamati strumenti di intervento pubblico, con specifico riferimento a quelli di programmazione e controllo del servizio pubblico farmaceutico indirizzati alle finalità del servizio sanitario nazionale, occorre inoltre considerare anche quelli in materia di prezzi dei farmaci determinati attraverso la negoziazione tra l'Amministrazione e il produttore⁴⁰.

Il controllo dei prezzi⁴¹ dei farmaci rimborsati dal servizio sanitario nazionale, che può incidere in maniera significativa sulla finanza pubblica e contribuire a garantire così l'accesso al farmaco, è legittimato anzitutto dal divieto di attività contrastante con l'utilità sociale.⁴²

benefici sociali e benefici privati.” M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2013, Sul rendimento di determinate prestazioni per il raggiungimento di un fine fondamentale della comunità statale cfr. M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim., Dir., Pubbl.*, 1957, 160, secondo il quale “Nel caso specifico delle organizzazioni create per assicurare lo svolgimento di un'attività di produzione di utilità per singoli privati, la creazione dell'organizzazione realizza appunto l'assunzione pubblica dell'attività”, 192.

40 Si noti come la negoziazione avvenga a livello nazionale (per l'Italia da parte dell'AIFA) e come non vi sia un sistema di negoziazione unica europea, che invece potrebbe garantire una maggiore capacità dell'Amministrazione e ridurrebbe le asimmetrie contrattuali esistenti nel mercato globale dei farmaci, specie di quelli innovativi ad alto costo.

41 L'amministrazione dei prezzi, in generale nell'economia pubblica, si è caratterizzata per l'impiego di prezzi privati con elementi pubblici (prezzi quasi privati), di prezzi pubblici, prezzi politici, di contributi e di imposte. Per un'ampia trattazione dei prezzi pubblici e dei prezzi politici si veda L. EINAUDI, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1958, 3 ss. Sui prezzi si veda G. SANVITI, (Voce) *Prezzi e tariffe*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, 511 ss.; C. FRANCHINI, *Nuove prospettive nella disciplina giuridica dei prezzi in Italia*, in *Foro amministrativo*, 1978, 1860 ss.; F. MERUSI, *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, in *Foro amministrativo*, 1965, II, 157 ss.. Sulla determinazione dei prezzi dei medicinali si rimanda a: F. FONDERICO, *Potere amministrativo e situazioni soggettive nella disciplina dei prezzi delle specialità medicinali*, in *Foro amm.*, 1996, 1106 ss.; C. FRANCHINI, *Il controllo dei prezzi dei farmaci*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 215 ss.; V. ONIDA, *Profili costituzionali della legislazione in materia di prezzi di farmaci*, in AA. VV. *Seminari di studi giuridici in materia di farmaci*, Milano, 1995, p. 26; F. A. ROVERSI MONACO, *Procedimento di determinazione del prezzo dei farmaci*, in *Seminari di studi giuridici in materia di farmaci*, Milano, 1995, 68. Sullo sconto obbligatorio dei prezzi dei medicinali e i c.d. prezzi imposti si veda A. FEDELE, *Art. 23*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 31 ss.

42 F. FONDERICO, *Potere amministrativo e situazioni soggettive nella disciplina dei prezzi delle specialità medicinali*, cit. 1115. “Il divieto di attività economica in contrasto con «l'utilità sociale e le sue finalità» legittima l'intervento legislativo dello Stato e le relative misure protettive del benessere sociale e, contemporaneamente, restrittive della privata iniziativa”. In senso critico rispetto alla legittimità costituzionale del modello dei prezzi amministrati si veda F. G. COCA, *Profili costituzionali nel procedimento di determinazione del prezzo dei farmaci*, in *Seminari di studi giuridici in materia di farmaci*, Milano, 1993,

La “prevalente finalità pubblica della produzione” dei farmaci⁴³ e il beneficio sociale apportato dal controllo nella determinazione dei prezzi riconducono l'attività dei poteri autoritativi sui prezzi alla disposizione dell'art. 41, co. 3 Cost⁴⁴.

In specie, nell'attuale regime di libera circolazione nel mercato dei farmaci l'intervento della pubblica amministrazione in materia di determinazione dei prezzi è riconducibile al potere di controllo determinato dalla legge affinché “l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (art. 41, co. 3 Cost.).

Gli atti di controllo sono ascrivibili infatti alla potestà pubblica esercitata, attraverso la categoria del “controllo – manovra amministrativa”, “mediante determinazioni amministrative generali che fissano in modo autoritativo elementi di rapporti che intercorrono tra soggetti, per lo più privati, ma anche pubblici”⁴⁵.

Accanto alle ragioni di tutela della salute, l'intervento pubblico trova fondamento nello specifico obiettivo sociale della disciplina dei farmaci⁴⁶, attuabile attraverso un'attività di programmazione e controllo in materia di produzione e distribuzione; innanzitutto tramite un intervento pubblico incisivo sulla de-

77. In riferimento al co. 2 dell'art. 41 Cost., è stato peraltro notato che la disposizione, da un lato “fissa in una norma costituzionale il risultato di un faticoso travaglio di «socializzazione» e di tutela dei diritti fondamentali [...]”, dall'altro “attribuirebbe rilievo costituzionale al fenomeno della «correzione autoritativa» (con legge o con atto amministrativo) delle anomalie sociali del libero mercato”, cit. F. MERUSI, *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, in op cit., 158. Sul passaggio dal c.d. prezzo amministrato al prezzo sorvegliato ed infine al prezzo contrattato per i farmaci di categoria A cfr. Corte Cost., 7 luglio 2006, n. 279, nonché in ultimo Cons. Stat., sez III, 10 dicembre 2013, n. 5910. In generale sul prezzo dei medicinali si vedano in ultimo Cons. Stat., sez. III, 22 dicembre 2014, n. 6346; Cons. Stat., sez III, 3 settembre 2013, n. 4383, Cons. Stat., sez. III, 14 giugno 2013, n. 3321.

43 Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 29.

44 Sull'art. 41 Cost ed in particolare sui fini sociali e l'utilità sociale si rimanda a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, in particolare laddove afferma che “non vi è chi non veda come i ‘fini sociali’ siano precisamente quei fini il cui centro di imputazione giuridica è costituito dalla organizzazione politica, economica e sociale del Paese”, 108.

45 M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1975, 183.

46 “Lo stretto collegamento con gli interessi sociali che è presente in due norme centrali come gli artt. 41 e 42 Cost. è significativamente una costante nella gran parte delle norme costituzionali in materia economica”, cit. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1990, 377. Sul collegamento tra la definizione del fine sociale di cui all'art. 41 Cost. e la *dignità sociale* di cui all'art. 3 Cost. si veda U. POTOTSCHNIG, in *op. cit.*, 109.

terminazione dei prezzi⁴⁷, compatibile anche con il modello di contrattazione dei prezzi dei medicinali rimborsati attualmente adottato in Italia.

Si riconosce perciò ancora “l’imprescindibilità di disporre di adeguate conoscenze [...] degli elementi di costo e delle consentibili percentuali di utile per la vendita di ogni bene meritevole di controllo”⁴⁸. Anche in regime di prezzo negoziato, l’effettività della previsione della funzione e utilità sociale del farmaco⁴⁹ richiede, innanzitutto, che l’intervento amministrativo avvenga attraverso un’istruttoria che tenga conto della “conoscenza dei costi aziendali, che fornisca gli elementi imprescindibili per determinare i prezzi di vendita, in modo che essi siano remunerativi in maniera conosciuta”⁵⁰.

Tali strumenti definiscono la portata dell’intervento pubblico a garanzia dell’accesso al farmaco, specie per i nuovi farmaci, rimborsati dal servizio sanitario nazionale e offerti sul mercato a costi molto elevati, per i quali si profilano “scelte tragiche”⁵¹ dell’Amministrazione nell’allocazione delle risorse da investire nella spesa farmaceutica ad essi destinata⁵².

Tuttavia, sebbene dalla disciplina richiamata sia possibile ricavare diverse tipologie e differenti ambiti di intervento del potere pubblico, lo stesso rischia di essere inefficace se circoscritto ai confini nazionali poiché il mercato del farmaco si configura come mercato globale. Si pensi solo alla scarsa capacità contrattuale dei singoli Stati membri dell’Unione europea nella contrattazione con i produttori. La garanzia dell’accesso al farmaco attraverso l’intervento pubblico necessita perciò di una amministrazione farmaceutica europea⁵³.

47 Sul punto si rimanda di nuovo a F. MERUSI, *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, op cit., 158 ss.

48 M. GIUSTI, *Il controllo pubblico di prezzi e tariffe*, in *Diritto pubblico dell’economia*, a cura di M. Giusti, Padova, 1994, 211 ss.

49 L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 29 co. 1.

50 *Ibidem*, cit. 212.

51 L’espressione è, come noto, di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 1986: “L’obiettivo di public policy deve essere [...] la definizione, rispetto ad ogni particolare scelta tragica, di quella combinazione di metodi che più limita la tragedia e che tratta quel minimo irriducibile nel modo meno dannoso”, 161.

52 Si pensi al caso paradigmatico del farmaco Sovaldi che a causa del suo alto costo, non è erogabile in regime di rimborsabilità da parte del SSN alla totalità dei pazienti. Il tema pone diverse questioni tra le quali il rischio di una diffusione del fenomeno del c. d. turismo sanitario verso Paesi dove il costo di questo farmaco è significativamente inferiore con conseguente diseguaglianza nell’accesso al farmaco.

53 Sulla politica farmaceutica: AA. VV., *La politica del farmaco. Quadro normativo, problemi, proposte*, in *Astrid*, Roma, 2014.

ELENA CORCIONE

Il consensus come limite all'interpretazione autonoma da parte della Corte europea dei diritti umani

Sommario: 1. Regole generali di interpretazione dei trattati internazionali e criteri ermeneutici particolari elaborati dalla Corte europea dei diritti umani. – 2. Nozioni autonome e metodo del consensus. – 3. Il ruolo dell'esistenza di un consensus nell'adozione di una nozione autonoma: una rilevanza solo formale? – 4. (segue) L'assenza di consensus come limite all'adozione di nozioni autonome. – 5. Conclusione.

1. Regole generali di interpretazione dei trattati internazionali e criteri ermeneutici particolari elaborati dalla Corte europea dei diritti umani.

La Convenzione europea dei diritti umani (Convenzione) ha istituito uno dei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani maggiormente efficaci ed influenti. Nell'ambito del sistema creato dalla Convenzione, ruolo fondamentale ha assunto uno degli organi istituito in seno al Consiglio d'Europa: la Corte europea dei diritti umani (Corte). Alla Corte è stato affidato principalmente il compito di vigilare sul rispetto della Convenzione da parte degli Stati contraenti e di sanzionare l'eventuale violazione della stessa riscontrata a seguito della presentazione di un ricorso interstatale o individuale.

Nello svolgimento della sua attività di controllo del rispetto degli obblighi convenzionali da parte degli Stati contraenti, la Corte ha un ulteriore compito, espressamente attribuitole dall'articolo 32 della Convenzione. Quest'ultimo prevede, infatti, che “[l]a competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (...)”.

La Corte, dunque, non solo giudica il caso concreto portato alla sua attenzione ma, nel fare ciò, ha il monopolio della funzione interpretativa della Convenzione stessa.

Nello svolgimento di tale compito, la Corte non ha negato, ed ha anzi sottolineato in taluni casi, l'applicabilità delle regole generali di interpretazione dei trattati internazionali, definite nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, agli artt. 31-33.¹ Come noto, tali regole prevedono in primo luogo l'utilizzo di un metodo interpretativo di tipo oggettivo, che valorizza la lettera della norma da interpretarsi secondo buona fede e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato.² L'applicabilità di tali regole di interpretazione alla Convenzione è stata diffusamente discussa dalla Corte, in un primo momento, nel caso *Golder c. Regno Unito*,³ in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 6. In quel caso, il ricorrente lamentava l'impossibilità – nei fatti – di godere del diritto di accesso al giudice che, seppur non espressamente previsto dalla Convenzione, avrebbe potuto intendersi tutelato dalla previsione di cui all'articolo 6. In *Golder*, la Corte non si è limitata a richiamare le norme generali di diritto internazionale in materia di interpretazione e l'applicabilità di queste ultime alla sua stessa attività interpretativa, spingendosi altresì ad evidenziare l'importanza rivestita dall'oggetto e dallo scopo del trattato e dando così chiara priorità ad una lettura funzionalistica del testo convenzionale. Nel fare ciò, peraltro, la Corte ha richiamato in particolare la rilevanza del preambolo, già sancita dall'articolo 31, paragrafo 2, della Convenzione di Vienna.⁴ Riferendosi al preambolo della Convenzione, ed in particolare alla necessità di garantire l'effettivo accesso al giudice al fine di rispettare la *rule of law* citata nello stesso, la Corte ha sancito l'esistenza di un

1 Sull'applicabilità delle regole di interpretazione generali ai trattati in materia di diritti umani, si veda, *ex multis*, F. VANNESTE, *General International Law before Human Rights Courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Antwerp, Intersentia, 2010.

2 L'articolo 31 della Convenzione di Vienna prevede che un trattato debba essere interpretato "... *in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose (...)*".

3 Caso *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975. A ben vedere, la Corte ha utilizzato i principi sanciti nella Convenzione di Vienna solo in un numero molto limitato di casi, se si guarda alla moltitudine di sentenze emesse dalla stessa nei suoi sessant'anni di attività, come osservato da G. Letsas, *Strasbourg's interpretive ethic: lessons for international lawyers*, in 21 Eur. J. Int'l. Law 3 (2010), 513.

4 Al § 34 della sentenza *Golder*, la Corte si è espressa come segue "*As stated in Article 31 para. 2 of the Vienna Convention, the preamble to a treaty forms an integral part of the context. Furthermore, the preamble is generally very useful for the determination of the "object" and "purpose" of the instrument to be construed.(...)*".

diritto di accesso al giudice, prima ancora di un diritto ad un equo processo, interpretando estensivamente l'articolo 6.⁵

Come può evincersi dall'esempio fatto, i criteri generali di interpretazione vengono spesso utilizzati dalla Corte in modo da "piegare" tali regole al risultato interpretativo voluto. In particolare, la tendenza della Corte è dare priorità ad una interpretazione teleologica, anche in ragione della materia oggetto della Convenzione; in tal senso la Corte ha più volte ribadito che i diritti tutelati dalla Convenzione non possono essere "*theoretical and illusory*", ma "*practical and effective*".⁶ In quest'ottica, la volontà degli Stati ha necessariamente minor peso, per lasciare spazio alla più ampia tutela dei diritti degli individui.

In questo processo interpretativo si inseriscono i criteri ermeneutici particolari elaborati dagli stessi giudici di Strasburgo. Tra questi, in particolare, il principio della nozione autonoma, come sarà meglio descritto nel seguito, denota una marcata indipendenza dell'attività interpretativa della Corte dalla volontà degli Stati membri ed in particolare dalle scelte legislative operate da questi ultimi nei propri ordinamenti interni.

Tuttavia, la volontà degli Stati contraenti non può certamente dirsi estranea al processo ermeneutico della Corte. A più riprese, infatti, la Corte stessa poggia le sue argomentazioni sull'identificazione di un "*common denominator*" tra gli Stati membri e, più spesso, sulla ricerca di un vero e proprio *consensus* sulla materia oggetto della controversia, che legittimi e rafforzi la decisione assunta dalla Corte.

In questo quadro, il presente contributo propone una riflessione sull'esistenza di eventuali limiti alla interpretazione autonoma della Convenzione utilizzata dalla Corte, in particolare dovuti alla necessità (e volontà) di ricercare ed individuare l'esistenza di uno *European consensus*, anche inteso come "*common denominator*" tra gli Stati contraenti sull'oggetto della controversia.

5 Si veda § 35, in fine "(...) *It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings*".

6 Si veda, *ex multis*, la pronuncia *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74 sentenza del 13 maggio 1980.

2. Nozioni autonome e metodo del consensus.

Come è stato sostenuto,⁷ nella sua opera interpretativa la Corte ha da subito abbandonato una lettura basata sull'“*originalism*” inteso sia come ricerca del significato letterale del testo sia come ricerca dell'intenzione delle parti, focalizzandosi per lo più su un'interpretazione dinamica o evolutiva in senso teleologico e, dall'altro lato, su un'interpretazione autonoma. L'interpretazione evolutiva della Convenzione, considerata dalla Corte come un *living instrument*, da interpretarsi alla luce delle condizioni e dei cambiamenti della società, è stata avviata con il caso *Tyrer c. Regno Unito*⁸ e da allora consente alla Corte di ampliare l'ambito di applicazione di molti diritti riconosciuti dalla Convenzione ovvero di modificare lo standard di protezione richiesto a livello convenzionale.

Il principio di interpretazione autonoma trova invece la sua sentenza emblematica nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*.⁹ Il ricorso era stato proposto da alcuni militari accusati di aver commesso un illecito classificato come disciplinare nell'ordinamento olandese, per un'asserita violazione, tra gli altri, dell'articolo 6 della Convenzione. Constatando che il diritto ad un equo processo si applica unicamente ai casi in cui vi sia un processo volto alla determinazione di un'“accusa penale”, lo Stato convenuto rivendicava la natura disciplinare dell'illecito in questione per escludere i fatti dall'ambito di applicazione dell'articolo 6. Nel caso di specie la Corte, interpretando autonomamente la nozione di accusa penale, ha dettato alcune regole generali per verificare quando, in concreto, una certa situazione sia definibile come accusa penale e conseguentemente riconducibile nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 (e degli ulteriori diritti collegati all'esistenza di un'accusa penale).¹⁰ Nel fare ciò, la Corte ha affermato la possibilità di interpretare i termini convenzionali in maniera autonoma, indipendente dalle classificazioni e definizioni adottate all'interno degli ordinamenti statali. Da allora, la Corte ha interpretato autonomamente una serie di termini previsti dalla Convenzione, per lo più di carattere tecnico, quali “*civil rights and obligations*” o “*possession*”.¹¹

7 G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford Univ. Press 2007, 59.

8 *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978.

9 *Engel e altri c. Paesi bassi*, ricorsi nn. 5100/71 e seguenti, sentenza dell'8 giugno 1976.

10 *Ibid.*, § 82.

11 A ben vedere, ciò è vero se si considerano quali nozioni autonome unicamente quelle espressamente definite come tali dalla Corte. Tuttavia, la definizione può ben essere estesa a nozioni che sono interpretate dalla Corte in maniera autonoma rispetto alle definizioni

Le nozioni autonome sono quelle per cui “*domestic law classification is relevant but not decisive for the meaning of the concepts of the Convention ... the autonomous concepts of the Convention enjoy a status of semantic independence*”.¹² Lo stesso concetto di autonomia richiama quello di indipendenza, innanzi tutto dal significato attribuito a un determinato concetto all’interno del sistema di uno Stato contraente.

La necessità di adottare una nozione autonoma a livello convenzionale emerge quando un termine giuridico assume rilevanza sia nella Convenzione sia nell’ordinamento interno dello Stato membro. In tali casi, può accadere che quel medesimo termine venga interpretato, a livello di ordinamento interno, in un modo tale da condurre all’esclusione di alcuni casi concreti dalla protezione accordata dalla Convenzione, che invece dovrebbero esservi inclusi.

Come la Corte stessa ha avuto modo di chiarire,¹³ se gli Stati fossero liberi di classificare discrezionalmente i termini convenzionali nel loro ordinamento interno (nel caso citato, di qualificare un illecito come disciplinare anziché penale), l’ampiezza della protezione accordata dalla Convenzione, e dunque l’inclusione o l’esclusione del caso concreto dalla tutela convenzionale, sarebbe soggetta alla volontà degli Stati stessi. Peraltro, ciò consentirebbe il permanere di diversi livelli di tutela degli individui, a seconda della giurisdizione cui di volta in volta sono sottoposti.¹⁴

La Corte, dunque, facendo valere l’indipendenza semantica dei termini convenzionali, interviene al fine di evitare che uno Stato contraente possa deliberatamente e arbitrariamente escludere dall’applicazione della Convenzione

date dallo Stato convenuto, senza che le stesse siano espressamente qualificate come tali nell’*iter* argomentativo della Corte. In quest’ottica, proponendo una distinzione tra nozioni autonome “*strong*” e “*weak*” si veda J. GERARDS, J. FLEUREN (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law: a comparative analysis*, Antwerp, Intersentia, 2014, 177.

12 G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in 15 Eur. J. Int’l. Law, 2004, 282.

13 *Engel e altri c. Paesi Bassi*, nota 9, § 80 che recita “(...) *If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will*”.

14 In tal senso si veda *Pellegrin c. Francia*, ricorso n. 28541/95, sentenza dell’8 dicembre 1999 e, in dottrina, *ex multis*, F. SUDRE, *Le recours aux “notions autonomes”* in F. Sudre (a cura di), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, 1998, 94 e ss.

talune situazioni che dovrebbero invece essere tutelate.¹⁵ In questi casi, viene quindi fornita dalla Corte una interpretazione di un termine della Convenzione autonoma rispetto a quella dello Stato, inclusiva del caso concreto che, secondo l'interpretazione interna, sarebbe rimasto al di fuori di tale tutela.

L'adozione di una nozione autonoma da parte della Corte contrasta con la definizione del medesimo concetto operata dallo Stato convenuto, la quale mantiene una rilevanza limitata, posto che, come chiarito dalla Corte stessa “*the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point*”.¹⁶

In tal senso, non può non notarsi che l'adozione di una nozione autonoma da parte della Corte abbia importanti ripercussioni nell'ordinamento interno degli Stati membri. Da tali decisioni, infatti, può discenderne per lo Stato la necessità di adeguarsi alla pronuncia della Corte non solo con riferimento alla riparazione della violazione già riconosciuta nel caso concreto, ma anche con riferimento alle eventuali future violazioni che possono ricondursi alla errata classificazione operata dallo Stato, rendendosi talvolta necessario un vero e proprio aggiornamento legislativo.

Come è evidente da quanto appena detto, l'interpretazione autonoma è uno strumento a disposizione della Corte che mette decisamente in secondo piano la volontà degli Stati. Per questo motivo, la Corte sembra talvolta voler giustificare le sue decisioni, laddove queste ultime si discostino da detta volontà, anche al fine di facilitare il recepimento di tali interpretazioni da parte degli Stati membri nei propri ordinamenti interni.

La legittimazione delle decisioni della Corte è spesso associata all'individuazione di un consenso europeo.¹⁷ L'utilizzo del *consensus* è solitamente associato al margine di apprezzamento riservato agli Stati contraenti: tanto più è forte il *consensus*, tanto meno sarà ampio il margine di apprezzamento degli Stati, e viceversa.¹⁸

L'utilizzo del metodo del *consensus* presenta alcune criticità, metodologiche e sostanziali.¹⁹ Invero, la Corte non ha mai chiarito su quali criteri

15 Come è stato notato da G. Letsas, nota 7, i casi di violazione connessi alle errate qualificazioni o classificazioni operate dallo Stato sono spesso “*good faith errors*”, posto che lo Stato ha formalmente previsto tutte le tutele convenzionali nel proprio ordinamento, da cui tuttavia il caso concreto rimane escluso a causa dell'errata classificazione.

16 *Chassagnou e altri c. Francia*, ricorsi nn. 25088/94 e altri, sentenza del 29 aprile 1999, § 100.

17 Si veda, in generale sul metodo del *consensus*, K. DZETHSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

18 Sulla relazione tra i due, si veda *ex multis* L.R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in 26 *Cornell Int'l. L. J.* 133, 1993.

19 E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in

si fondi la ricerca e l'individuazione di un *consensus* europeo, né tali criteri possono puntualmente evincersi da un'analisi della giurisprudenza della Corte.²⁰ In ogni caso, a parte alcuni standard qualitativi, nessun limite quantitativo è mai stato chiaramente individuato dalla Corte, quale ad esempio il numero degli Stati contraenti concordi necessario per stabilire l'esistenza di un *consensus* su una determinata materia. È possibile, anzi, sostenere che la Corte abbia intenzione di non specificare tale limite quantitativo, in modo da poter liberamente stabilire l'esistenza o meno di un *consensus* a seconda del caso concreto e – in ultima istanza – dell'opportunità politica della decisione in questione. È stato, infatti, notato come la Corte operi una vera e propria ricerca e costruzione del *consensus*, più che una scientifica constatazione della sua esistenza, allo scopo di giustificare una specifica decisione.²¹

In ogni caso, il riferimento all'esistenza di un *consensus* europeo è utilizzato al fine di legittimare le decisioni della Corte nei confronti degli Stati contraenti,²² anche se queste ultime dovessero poi – in sostanza – basarsi su altre e diverse considerazioni esplicitate nell'argomentazione della Corte stessa.

Nel quadro appena delineato, non sembrerebbe potersi individuare uno spazio di rilevanza del *consensus* europeo quando la Corte adotta una nozione autonoma. Sono, anzi, apparentemente concetti antitetici: da un lato, nella ricerca del *consensus* la Corte guarda agli ordinamenti degli Stati contraenti e su tale base determina l'esistenza e l'ampiezza di un determinato diritto (in mancanza riconoscendo un ampio margine di apprezzamento dello Stato), mentre, dall'altro lato, nell'adozione di una nozione autonoma la Corte interpreta autonomamente un termine, indipendentemente dall'esistenza di un *consensus* – e anzi addirittura in contrasto con quanto previsto a livello di ordinamento interno.

A ben vedere, tuttavia, l'indipendenza delle nozioni autonome non sem-

International law and politics, Vol. 31, 1999, 850 e ss.

20 In un tentativo di identificare e sistematizzare gli elementi su cui di volta in volta si è basata l'argomentazione della Corte fondata sul *consensus*, è stato sostenuto che quest'ultimo possa consistere in (i) leggi nazionali, internazionali e regionali, (ii) c.d. "expert consensus" ovvero (iii) european public consensus, si veda L.R. Helfer, nota 18, p. 139.

21 L'utilizzo del metodo del *consensus* è stato efficacemente descritto come un'operazione volta a "look for friends in a crowd", posto che i giudici selezionano e interpretano i risultati delle ricerche o delle analisi comparative a supporto del risultato che si intende sostenere. In tal senso, K. DZEHTSIAROU, *Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights*, in Public Law, 2011, 539.

22 Allo stesso tempo, anche la legittimazione della Corte nell'utilizzare il metodo del *consensus*, a maggior ragione in termini così vaghi, è stata messa in discussione. In tal senso, K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*, in German Law Journal, Vol. 12, 2011, 1730-1745.

bra assoluta. È, infatti, possibile tracciare una linea di congiunzione tra due metodi, *consensus* e nozione autonoma, apparentemente inconciliabili. Invero, da un lato, l'esistenza di un *consensus* viene a più riprese richiamata dalla Corte anche quando interpreta autonomamente i termini convenzionali, anche sotto la formula più generica della ricerca di un "*common denominator*" tra gli Stati contraenti; dall'altro lato, tuttavia, la constatata assenza di un *consensus* europeo su un tema può far sì che la Corte si astenga dall'individuare una nozione autonoma, operando così come limite alla libertà interpretativa della Corte.²³

3. Il ruolo dell'esistenza di un *consensus* nell'adozione di una nozione autonoma: una rilevanza solo formale?

Al fine di verificare l'esistenza di una linea che congiunga due metodi interpretativi concettualmente antitetici come il metodo del *consensus* e la nozione autonoma, occorre guardare alla giurisprudenza della Corte e in particolare alle argomentazioni avanzate dalla Corte stessa, sia laddove quest'ultima abbia definito autonomamente una nozione convenzionale, sia laddove non sia giunta a tale risultato, pur vertendo il caso concreto sulla definizione di un termine di rilevanza convenzionale.

Occorre in primo luogo rammentare che la Corte può identificare le nozioni autonome utilizzando altri metodi interpretativi, come ad esempio l'interpretazione evolutiva, e che in tal senso non è da escludersi che possa altresì rilevare il *consensus* europeo.²⁴

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte, l'interazione tra le nozioni autonome e il *consensus* europeo può ricondursi a due ipotesi.

La prima ipotesi include casi in cui la Corte constata l'assenza di un *consensus* e di conseguenza si astiene dall'individuare una nozione autonoma. L'assenza di *consensus* può così avere un duplice effetto: ampliare il margine di apprezzamento goduto dagli Stati contraenti, da un lato, ovvero costruire un impedimento all'adozione di una nozione autonoma, che altrimenti potrebbe essere individuata dalla Corte, dall'altro lato. Di tale prima

23 Sulle possibili interazioni tra i due metodi, J. GERARDS, *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in N. Huls, J. Bomhoff, M. Adams (a cura di), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague, Asser Press, 2009.

24 H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a multilevel legal system: an analysis of the ECHR and the ECJ*, Cambridge, Intersentia, 2011, 78; J. Gerards, J. Fleuren (a cura di), nota 11, 39.

ipotesi di interazione tra i due metodi si parlerà nel paragrafo successivo. La seconda ipotesi, che qui si prende in considerazione, è relativa ai casi in cui la Corte considera l'esistenza di un *consensus* nell'adozione di una nozione autonoma.

In quest'ultimo caso, il *consensus* non sembra operare come limite all'interpretazione autonoma della Convenzione, ma anzi viene considerato dalla Corte quale elemento per l'identificazione della nozione autonoma, come può rinvenirsi dal richiamo al "*common denominator*" da individuarsi tra gli Stati contraenti, secondo la formula utilizzata dalla Corte stessa.

Invero, secondo la Corte le nozioni autonome – quale ad esempio, la nozione di "*criminal charge*" di cui all'articolo 6 – dipendono, tra l'altro, dalle classificazioni operate a livello di legislazione interna da parte degli Stati contraenti.

Un noto caso in cui la Corte ha richiamato, nella propria argomentazione, una analisi comparativa degli ordinamenti degli Stati membri, al fine di individuare elementi utili alla classificazione (penale o amministrativa) di alcuni illeciti stradali, è il caso *Özturk c. Germania*.²⁵ In questo caso, la Corte ha dedotto da tale analisi che l'illecito in questione "*continue[s] to be classified as part of the criminal law in the vast majority of contracting States*", concludendo dunque per la riconduzione del caso di specie all'accusa penale di cui all'articolo 6 e applicazione delle relative tutele. A ben vedere, anche nel già citato caso *Engel* la Corte ha sottolineato l'importanza di valutare le classificazioni dello Stato convenuto alla luce dell'esistenza di un "*common denominator*"; tuttavia, proprio nel caso *Engel*, la Corte ha immediatamente ridimensionato la rilevanza di tale elemento, considerando che "*[t]he very nature of the offence is a factor of greater import*".

L'argomentazione della Corte in questi casi sembra in realtà basata interamente – o prevalentemente – su considerazioni sostanziali, restando l'eventuale *consensus* e l'analisi comparativa delle leggi degli Stati contraenti un mero supporto alla decisione nel merito della Corte.²⁶ Ciò può evincersi non solo dal tenore letterale dell'argomentazione stessa della Corte, ma anche dalle obiezioni sollevate da taluni giudici in opinioni separate o dissenzienti, i quali chiedevano alla Corte di porre una maggiore attenzione alla ricerca di un *common denominator* nell'individuazione di una nozione autonoma.²⁷

Alla luce di quanto detto, può evincersi che quando la Corte individua una nozione autonoma, la ricerca di un *consensus* attraverso – tra l'altro – un'analisi comparata delle legislazioni degli Stati membri, sembra essere

25 Ricorso n. 22479/93, sentenza del 28 settembre 1999.

26 L'argomento è stato elaborato, in particolare, da G. Letsas, nota 7.

27 In particolare, nella nota *separate opinion* del giudice Matscher nel caso *König c. Germania*, ricorso n. 6232/73, sentenza del 28 giugno 1978.

ridotta ad un mero esercizio retorico ovvero sembra essere utilizzata dalla stessa per legittimare la propria decisione nei confronti degli Stati membri, più che per determinare il contenuto sostanziale della nozione autonoma in questione. In tal senso, il riferimento alle legislazioni degli Stati membri può infatti essere utilizzato dalla Corte per scongiurare quelle critiche di *judicial law making* che spesso sono state avanzate proprio in relazione all'utilizzo delle nozioni autonome.²⁸

4. (segue) L'assenza di consensus come limite all'adozione di nozioni autonome.

La seconda ipotesi di interazione sopra delineata comprende i casi in cui la Corte, pur astrattamente ravvisando le condizioni per l'adozione di una nozione autonoma (ovverosia l'esistenza di un'asserita errata qualificazione da parte dello Stato, da cui consegue l'esclusione di una situazione concreta dalla protezione convenzionale), si astiene dall'adottare la nozione autonoma a causa dell'inesistenza di un *consensus* sul punto.

Significativa in tal senso è la pronuncia *Vo c. Francia*,²⁹ relativa, tra l'altro, all'applicabilità al nascituro della protezione del diritto alla vita di cui all'articolo 2 della Convenzione. Nel caso in esame, la ricorrente lamentava la violazione del diritto alla vita in conseguenza della mancata classificazione dell'omicidio del nascituro nella categoria dell'omicidio colposo. I fatti riguardavano una donna, la signora Vo, che aveva subito una perforazione della sacca amniotica nel suo sesto mese di gravidanza, in conseguenza di un errore dovuto ad omonimia. In conseguenza di tale errore, si era resa necessaria una interruzione forzata della gravidanza, al fine di salvaguardare la salute della madre. I procedimenti interni avviati per omicidio colposo del nascituro si conclusero con la assoluzione del medico, sulla base del fatto che il reato non potesse essere applicato al caso di specie, in quanto il nascituro non poteva considerarsi compreso nel concetto di "*persona*" cui la tutela era rivolta. Il ricorso è stato dunque presentato dinanzi alla Corte al fine di ottenere la condanna dello Stato per la violazione dell'articolo 2. In conseguenza di tale richiesta, la Corte si è trovata nella condizione di dover determinare "*who is a person and when life begins*" ai sensi dell'articolo 2.³⁰

Nell'iter argomentativo seguito dalla Corte, quest'ultima si dilunga sul

28 Così, ad esempio, l'opinione dissenziente del giudice Matscher nel già citato caso Öztürk, nota 22.

29 Ricorso n. 53924/00, sentenza dell'8 luglio 2004.

30 *Vo c. Francia*, § 81.

contenuto di diversi strumenti internazionali in materia di bioetica, passando poi ad una breve analisi comparativa di talune legislazioni degli Stati contraenti, all'esito della quale la Corte giunge a riconoscere che, nella maggioranza degli Stati contraenti, l'omicidio colposo non è una categoria applicabile al nascituro. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte riconosce che alcuni Stati, tra cui l'Italia, la Spagna e la Turchia, hanno adottato alcune leggi specificamente volte a punire i responsabili dei danni cagionati al nascituro.

In ogni caso, nella pronuncia in questione la Corte ha fatto propria l'opinione del Gruppo europeo di etica delle scienze e delle nuove tecnologie della Commissione europea, nell'ambito del quale si è affermato che "(...) *It is not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code*".³¹ La Corte ha poi affermato esplicitamente di non voler chiarire il significato del termine "persona" ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, posto che la protezione del diritto alla vita del feto è argomento in larga parte discusso nella maggioranza degli Stati contraenti e dunque è assente un *consensus* su una definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita.³²

La motivazione della Corte nel caso in esame dimostra efficacemente l'influenza dell'assenza di *consensus* non solo sull'interpretazione, eventualmente in senso evolutivo, della Convenzione e il conseguente ampliamento dell'ambito di applicazione della stessa, ma anche sulla possibilità di adottare una nozione autonoma, in questo caso del termine "*persona*" di cui all'articolo 2. In tal senso, l'utilizzo del metodo del *consensus* può rivelarsi un limite alla interpretazione autonoma della Corte.

Non sono mancate letture critiche di questo "*self-restraint*" operato dalla Corte. Tra queste, particolarmente significativa è l'opinione separata del giudice Costa, allegata alla pronuncia in esame. In particolare, il giudice si domanda se l'impossibilità di verificare l'esistenza di un *consensus* su cosa debba intendersi con il termine "*persona*" e, di conseguenza, su chi sia titolare del diritto alla vita protetto dall'articolo 2 impedisca alla legge, e ai giudici, di definire tale termine. Alla domanda, evidentemente retorica, segue una risposta negativa. Secondo l'opinione del giudice, che qui si condivide, è, infatti, compito dei giudici identificare il contenuto delle nozioni autonome della Convenzione, anche se queste ultime si riferiscano a concetti controversi, con rilevanti implicazioni etiche e filosofiche, e non meri

31 *Ibid.*, § 82.

32 *Ibid.*, § 85, in cui la Corte conclude come segue: "(...) *Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention*".

concetti tecnici, chiamando evidentemente la Corte ad assumere un ruolo più coraggioso e trainante.

5. Conclusione.

Dall'analisi sopra svolta, emerge chiaramente come il *consensus* possa essere utilizzato dalla Corte sia per rafforzare la legittimità dell'adozione di una nozione autonoma, rendendo così più agevole il recepimento di tale nozione da parte degli Stati contraenti e al tempo stesso evitando – o quantomeno limitando – le accuse di *judicial discretion*, sia per evitare di prendere posizione su alcune questioni, per lo più eticamente sensibili, non adottando le nozioni autonome che pur avrebbe potuto adottare.

Come è stato notato,³³ l'assenza di *consensus* non esime la Corte dallo svolgimento del suo ruolo di interprete della Convenzione. Tuttavia, nell'impossibilità di identificare un *consensus* o un *common denominator*, la Corte sembra più propensa a limitare la propria decisione al caso concreto, al più interpretando la Convenzione in senso evolutivo, ma senza spingersi all'adozione esplicita di vere e proprie nozioni autonome che – in quanto tali – varrebbero a livello convenzionale per tutti gli Stati contraenti ed avrebbero dunque una portata generale.

Il tema del superamento del limite dato dall'assenza di un *consensus* sconfinava certamente nell'opportunità politica, e non solo giuridica, dell'adozione di nozioni autonome da parte della Corte. In ogni caso, la stessa Corte ha ben dimostrato di saper trasformare il *consensus* da limite interpretativo a supporto decisionale, sfruttando a proprio favore quell'indeterminatezza metodologica che contraddistingue, non a caso, la ricerca del *consensus* ed evitando di appiattirsi su una sorta di tirannia della maggioranza.

Il vero valore aggiunto del ruolo interpretativo della Corte non può quindi che essere dato dal superamento di questo limite.

33 F. Vanneste, nota 1.

ELENA DEMICHELIS - FRANCO PEIRONE

Gli strumenti e i limiti del diritto amministrativo nella tutela dell'integrità dei contratti pubblici

Sommario: 1. La questione della decorrenza dei limiti temporali per l'impugnabilità dell'atto amministrativo. — 2. L'irrelevanza di profili di reato nel giudizio amministrativo di legittimità. — 3. La tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione per comportamento contrario a correttezza e al principio d'integrità. — 4. La c.d. corruzione in senso ampio e la tutela risarcitoria degli operatori economici nei confronti della stazione appaltante.

I paragrafi 1 e 2 sono a cura di Franco Peirone e i paragrafi 3 e 4 di Elena Demichelis.

1. La questione della decorrenza dei limiti temporali per l'impugnabilità dell'atto amministrativo.

Con due diverse sentenze del Consiglio di Stato¹ si è definitivamente concluso il contenzioso amministrativo relativo all'appalto pubblico per la progettazione ed esecuzione dei lavori delle architetture di servizio per l'evento Expo 2015.

La causa originava dalle indagini della Procura di Milano per i reati di corruzione e turbativa d'asta dell'appalto in questione; al termine di tali indagini erano state adottate misure cautelari personali nei confronti del direttore generale della stazione appaltante e dell'amministratore delega-

¹ Cons. St., Sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808 e 20 gennaio 2015, n. 143.

to dell'impresa aggiudicataria²e, in seguito, emanata sentenza penale per i reati di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente³. A seguito dell'adozione delle misure cautelari, le imprese classificate seconde in graduatoria, riscontrate le gravi violazioni dei principi di concorrenza e trasparenza nello svolgimento della procedura di aggiudicazione emerse nelle indagini penali, formulavano alla stazione appaltante richiesta di risoluzione del contratto sottoscritto con l'impresa aggiudicataria.

Tale richiesta era respinta dalla stazione appaltante⁴, secondo cui non sussistevano i presupposti per la risoluzione del contratto, e pertanto le imprese seconde classificate, costituite in r.t.i., presentavano ricorso dinanzi al T.A.R. Lombardia, sede di Milano, impugnando gli atti della procedura di aggiudicazione⁵. Dinanzi al giudice amministrativo regionale l'impresa aggiudicataria resistente proponeva un'eccezione di irricevibilità del ricorso per annullamento per la sua tardività, siccome questo era stato notificato ben oltre il termine di decadenza decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai partecipanti alla gara⁶. Il T.A.R. Lombardia respingeva tale eccezione, reputando che il termine d'impugnazione dovesse conside-

2 Tribunale Ordinario di Milano, Direzione Distrettuale Antimafia, Ordinanza cautelare, 6 maggio 2014, n. 1015/2011, R.G.G.I.P., Proc. Pen. N. 948/11 RG N.R.

3 Tribunale Penale di Milano, 27 novembre 2014, n. 14/3725.

4 Expo 2015 S.p.a, determinazione 4 giugno 2014 del Vice-direttore *Construction & Dismantling Division*, con cui si è dato atto «dell'insussistenza [...] di elementi in fatto e diritto sufficienti per risolvere il vincolo contrattuale in via di autotutela».

5 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802. Il T.A.R. Lombardia ha poi annullato l'aggiudicazione dell'appalto pubblico in considerazione della violazione del protocollo di legalità, parte integrante della *lex specialis* della gara, sottoscritto anche dall'aggiudicataria, con cui ogni operatore economico coinvolto nella procedura pubblica si sottoponeva a obblighi d'informazione e di denuncia (Protocollo di Legalità tra Prefettura-U.T.G. di Milano - Expo 2015 s.p.a., Art. 4, co. 1, § iii, lett. *a* e *b*) della commissione di condotte criminali che potessero compromettere la legittimità della procedura nonché ad accettare il relativo sistema sanzionatorio (Protocollo di Legalità tra Prefettura-U.T.G. di Milano - Expo 2015 s.p.a., Art. 4, co. 1, § iii, lett. *c*) in forza di cui tali prescrizioni erano vincolanti a pena di esclusione dalla gara e alla cui violazione conseguiva la revoca dell'affidamento e la risoluzione automatica del contratto. Il giudice amministrativo, pertanto, oltre ad annullare l'aggiudicazione per le violazioni delle condizioni di concorrenza e trasparenza nello svolgimento della gara, ordinava alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto e di affidare l'appalto pubblico al r.t.i. ricorrente, applicando lo scorrimento della graduatoria.

6 Art. 120, c. 5, Cod. Proc. Amm.

rarsi decorrente dalla data, successiva all'aggiudicazione⁷, di conoscenza degli elementi emersi dalle indagini penali e dalle misure cautelari emanate per i reati contestati⁸. Nel giudizio d'appello il Consiglio di Stato ha invece accolto la riproposta eccezione dei resistenti, per cui il ricorso iniziale era stato notificato oltre i termini di decadenza, decorrenti dal ricevimento da parte del ricorrente della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Secondo il Consiglio di Stato anche in caso di vizi inficianti la correttezza della gara, conosciuti dopo l'aggiudicazione dell'appalto, permane l'obbligo di rispettare gli ordinari termini d'impugnazione, di modo che tale sopravvenuta conoscenza possa sì giustificare la proposizione di motivi aggiunti ma non la riapertura dei termini per l'impugnazione in via principale. Il Consiglio di Stato ha infatti ribadito l'orientamento per cui il termine per proporre l'impugnazione decorre necessariamente, ed esclusivamente, dalla conoscenza degli elementi essenziali dell'atto amministrativo⁹. In particolare il supremo giudice amministrativo ha affermato che i termini per l'impugnazione decorrano sempre e necessariamente dalla comunicazione dell'atto amministrativo, non potendo sussistere un regime differenziato per vizi evincibili non già dall'atto amministrativo impugnato ma da altre circostanze, quali la commissione di fatti corruttivi nello svolgimento della gara, per il quale sarebbe operante un termine di decadenza decorrente invece dall'effettiva conoscenza dei fatti rilevanti da parte dei ricorrenti.

Nel riaffermare che i termini per l'impugnazione decorrano sempre ed esclusivamente dalla comunicazione dell'atto amministrativo, il Consiglio di Stato ha allo stesso tempo escluso che elementi possano sussistere vizi ultronei rispetto a quelli d'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di

7 In particolare la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è avvenuta in data 22 novembre 2013; le misure cautelari sono invece state emanate in data 8 maggio 2014, cui è seguito innanzitutto la determinazione della stazione appaltante dinon adire alla risoluzione del contratto come consentito dal Protocollo di Legalità, in data 4 giugno 2014 e, successivamente, da parte delle imprese seconde classificatesi, la notificazione del ricorso introdotto in data 11 giugno 2014 e il suo successivo deposito in data 12 giugno 2014.

8 Secondo il giudizio del giudice amministrativo regionale, infatti, soltanto in seguito all'emanazione delle misure cautelari personali i potenziali ricorrenti avrebbero potuto apprezzare la rilevanza eziologica dei comportamenti delittuosi in ordine alla consumata turbativa della procedura di gara e alla corruzione di pubblico ufficiale.

9 Cons. St., sez. III, 28 novembre 2013 n. 5698, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 11, p. 3005 ss.; Cons. St., sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1174, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2, 370 ss.; Cons. St., sez. V, 16 settembre 2011 n. 5191, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 9, 2786 ss.; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 522, con nota di B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 617 ss.; Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 23 maggio 2014, n. 1424.

potere nonché che tali vizi possano essere deducibili al di fuori dell'atto. Alla categorizzazione, prevista anche a livello normativo¹⁰, dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo consegue infatti che qualsiasi altro fatto non inquadrabile all'interno della tradizionale tripartizione dei vizi di legittimità d'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, sia irrilevante ai fini del ricorso per annullamento.

Nessuna rilevanza hanno pertanto i comportamenti penali nel giudizio di legittimità laddove non corrispondano ad altrettanti vizi negli atti amministrativi impugnati. I vizi di legittimità, pertanto, sono evincibili dalla sola attività procedimentale e provvedimentale della pubblica amministrazione e non da altre circostanze. Nella vicenda esaminata, non essendo i comportamenti delle parti, individuati dalle indagini penali, emergenti in alcun modo, e in nessuna delle tre categorie di vizi di legittimità, negli atti impugnati, la questione circa l'ipotetica decorrenza del termine per la proposizione del ricorso dal momento della loro conoscenza da parte dei ricorrenti è venuta a essere irrilevante. Per una condotta di reato non è quindi ammissibile un regime di decadenza differente perché essa stessi non rappresenta una patologia dell'atto amministrativo.

Il T.A.R. Lombardia, sede di Milano, presso cui era ancora pendente il giudizio risarcitorio per i fatti in causa, ha invece valutato che la richiesta di risarcimento del danno, proposta unitamente alla domanda di annullamento, non fosse tardiva¹¹. Il giudice amministrativo regionale ha, infatti, reputato che, in conformità al principio di effettività della Corte di Giustizia Europea¹² il termine di decadenza per la proposizione della domanda risar-

10 Art. 21-*octies*, c. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241.

11 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015 n. 974.

12 Corte Giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex UK Ltd.*; in particolare quest'ultima pronuncia aveva a stabilire che *“il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa”* (§ 25); e inoltre che *“le modalità procedurali di ricorso in giudizio destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665”* (§ 27); e infine che *“l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665 non consente agli Stati membri di prescindere dal principio di effettività, in base al quale le modalità di applicazione dei termini di decadenza nazionali non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti spettanti agli interessati in forza del diritto comunitario, principio che è alla base dell'obiettivo riguardante l'efficacia del ricorso, esplicitato nell'art. 1, n. 1, di detta direttiva”* (§ 40).

citoria¹³ non fosse ancora esperito, dovendo esso decorrere dalla conoscenza dei fatti illeciti, che, nella presente fattispecie erano percepibili dal ricorrente nella loro lesività solo a partire con l'emissione delle misure cautelari personali nei confronti del direttore generale della stazione appaltante e dell'amministratore delegato dell'impresa aggiudicataria.

In particolare il ragionamento del giudice amministrativo regionale ha riguardato la necessità di valutare se il ricorrente, con l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto ricavare dal provvedimento suscettibile d'impugnazione la pur minima consapevolezza della sua lesività. E' stato a questo riguardo ritenuto che non fosse sostenibile che, al momento della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, le partecipanti alla gara non aggiudicatarie fossero al corrente, o potessero anche astrattamente percepire, le conseguenze delle attività poste in essere dagli appartenenti al sodalizio criminale, essendosi tali conseguenze palesatesi solo in costanza dell'emanazione delle misure cautelari¹⁴. Siccome le società ricorrenti costitutesi in r.t.i. hanno immediatamente notificato e depositato il ricorso introduttivo una volta percepito il carattere delittuoso delle condotte in questione, e, in diretta dipendenza, la rilevanza eziologica di tali comportamenti in ordine alla violazione delle condizioni di trasparenza e concorrenza della gara, il ricorso poteva dirsi tempestivo.

Anche tale pronuncia è stata appellata presso il Consiglio di Stato il quale ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, annullando senza rinvio la sentenza¹⁵, siccome i presupposti individuati dal giudice amministrativo regionale come fondativi della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione sono stati considerati come non attinenti a vizi di legittimità dell'atto amministrativo quanto a un generale comportamento negligente della pubblica amministrazione, la cui giurisdizione spetta al giudice ordinario, rendendo così irrilevante la questione sulla tempestività del ricorso per l'annullamento introduttivo del processo davanti al giudice amministrativo.

13 Art. 30, c. 3 Cod. Proc. Amm.

14 Ipotesi che il giudice amministrativo regionale esclude categoricamente: *“non può, dunque, che concludersi che la ricezione della comunicazione ex art. 79 del D.lgs. 163/2006 non avrebbe mai potuto di per sé sola consentire alle società ricorrenti d'ipotizzare che il corso della procedura di aggiudicazione sarebbe stato piegato all'esigenza di affidare il contratto all'impresa Maltauro. Sarebbe stato, perciò, ontologicamente impossibile – neppure con la più qualificata diligenza – proporre una domanda risarcitoria”*.

15 Si veda il successivo § 3.

2. L'irrelevanza di profili di reato nel giudizio amministrativo di legittimità.

Nel corso della prima sentenza esaminata il Consiglio di Stato ha ricondotto l'irrelevanza di una condotta di reato nel giudizio amministrativo di legittimità alla diversa natura di questo giudizio rispetto a quello penale cui può conseguire che a manifeste condotte di reato corrispondano procedure pubbliche legittime¹⁶. La valutazione del Consiglio di Stato pare tuttavia aver fuorviato la ricostruzione operata dal T.A.R. Lombardia, in particolare affermando che l'annullamento dell'aggiudicazione pronunciato da quest'ultimo sia stato deciso in considerazione delle indagini penali e delle misure cautelari a esse conseguenti.

Il T.A.R. Lombardia aveva però diversamente e più articolatamente motivato la sua pronuncia ritenendo in particolare che i fatti di reato commessi dai funzionari pubblici e dall'aggiudicatario dell'appalto pubblico avessero tanto un rilievo penale, tale da determinare l'emissione delle misure cautelari nei confronti dei soggetti responsabili, quanto anche un profilo amministrativo, valevole a determinare l'annullamento della procedura di selezione del contraente, siccome i comportamenti dei soggetti indagati ne avevano irrimediabilmente pregiudicato le fondamentali condizioni di trasparenza e concorrenza¹⁷.

16 L'irrelevanza delle condotte penali ai fini del processo amministrativo, qualificata dal Consiglio di Stato come «evenienza fisiologica», pare rendere assai precaria la funzione di tutela del giudice amministrativo dell'integrità nei contratti pubblici. In tale prospettiva, infatti, la tutela della correttezza delle gare pubbliche viene confinata alle sole norme penali, potendo gli offerenti lesi dall'accordo corruttivo avere tutela unicamente nel giudizio penale costituendosi come parti civili ovvero proponendo domanda di responsabilità nei confronti dei funzionari pubblici, a seguito di accertamento di loro responsabilità penali, e, in sede amministrativa, proponendo la richiesta di risarcimento dei danni per attività scorretta della pubblica amministrazione.

17 Le condizioni di trasparenza e di concorrenza dell'aggiudicazione degli appalti pubblici sono infatti requisiti fondamentali per la legittimità delle medesime, come affermato sia a livello europeo dalla normativa (§ 58; Art. 18, Direttiva 24/2014/UE) dalla giurisprudenza (Corte Giust. UE, Sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl c. Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana*; Corte Giust. UE, sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13, *eVigilo Ltd*; Corte Giust. UE, sez. III, 29 aprile 2010, C-160/08, *EU Commission v. Fed. Republic of Germany*; Corte Giust. UE, Gr. Sez., 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis* Corte Giust. UE, Gr. Sez., 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main*; Corte Giust. UE, sez. III, 19 giugno 2008, C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*; Corte Giust. UE, sez. III, 11 gennaio 2005, sez. I, C-26/03, *Stadt Halle*) e dalla dottrina: D.I. GORDON - G.M. RACCA, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement Systems*, in G.M. RACCA - C.R. YUKINS

Il T.A.R. Lombardia aveva perciò correttamente identificato i fatti di reato contestati ai funzionari pubblici e dall'aggiudicatario come rilevanti ai fini del giudizio amministrativo di legittimità siccome tali da ingenerare, per la loro articolazione e profondità, un manifesto abuso della funzione amministrativa da parte della stazione appaltante¹⁸ quale figura sintomatica dell'eccesso di potere nella sua forma più grave¹⁹. Alla condotta criminale del responsabile del procedimento, dei commissari di gara della stazione appaltante e dell'amministratore delegato della società aggiudicataria, è corrisposta, infatti, una grave violazione dei fondamentali requisiti di trasparenza e di concorrenza della procedura di selezione del contraente, il cui concreto risultato è stato l'aggiudicazione dell'appalto pubblico da parte del soggetto responsabile di tali violazioni.

D'altro canto la rilevanza eziologica di tali comportamenti sull'esito della procedura di gara ha trovato conferma anche da parte della società aggiudicataria, la quale ha promosso un'azione sociale di responsabilità nei confronti del proprio amministratore delegato²⁰ per aver questi realizzato una violazione del modello di prevenzione dei reati adottato ai sensi della disciplina della responsabilità giuridica degli enti e in particolare per viola-

(Eds. by), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contract. Balancing Corruption in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 117 ss.; F. MERLONI - G. ARENA - G. CORSO - G. GARDINI - C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, 41 ss.; così a livello nazionale dalla normativa (D.lgs. 18 aprile 2006, n. 50, art. 30, c. 1), dalla giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, 31 marzo 2014, n. 848) e dalla dottrina: G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in L. R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Ipsoa, 2013, 20 ss.

18 Si tratterebbe, in particolare, della condotta del responsabile del procedimento la cui incidenza diretta sulla procedura di gara è stata tale che egli, dopo essere stato avvicinato dagli agenti dell'aggiudicataria, ne avrebbe addirittura condiviso il programma criminoso, diventandone protagonista attivo (Tribunale Ordinario di Milano, Direzione Distrettuale Antimafia, Ordinanza cautelare, 6 maggio 2014, n. 1015/2011, R.G.G.I.P., Proc. Pen. N. 948/11 RG N.R., p. 248).

19 In tale fattispecie l'esercizio del potere amministrativo, etero-diretto dalla conclusione di accordi criminali e perciò sviato dal proprio fine istituzionale, è stato qualificato come travalicante «i canoni tradizionali del vizio dell'eccesso di potere», costituendo così non tanto un quarto e diverso motivo di annullamento, quanto piuttosto una figura particolarmente intensa dello stesso vizio di eccesso di potere, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802.

20 Artt. 2392-2393 Cod. Civ. e deliberata dalla società aggiudicataria in data 16 giugno 2014.

zione del codice etico²¹. Proprio per la perfezione dell'intesa tra le parti del sodalizio criminale, le condotte di reato commesse non risultano evidenti negli atti impugnati²²: su questo presupposto il Consiglio di Stato ha potuto argomentare che finanche da condotte penalmente rilevanti commesse da funzionari pubblici non si possa *ex se* derivare l'illegittimità del provvedimento amministrativo, potendo al limite esse rilevare sotto il profilo dell'eccesso di potere, a condizione che tale vizio trovasse poi rappresentazione negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche, che, nella fattispecie, il Consiglio di Stato ha reputato insussistenti.

Deve essere nondimeno rilevato che le figure sintomatiche dell'eccesso di potere sono state teorizzate esattamente per semplificare l'onere della prova ossia per individuare un vizio di eccesso di potere anche laddove ne fossero ravvisabili unicamente i sintomi²³. Nella fattispecie esaminata i sintomi dell'eccesso di potere erano certamente rintracciabili nel manifesto abuso della funzione amministrativa come esercitata da parte dei funzionari pubblici della stazione appaltante. In particolare, in considerazione dei fatti accertati dalle indagini penali, era ben possibile affermare che le scelte discrezionali della stazione appaltante fossero state effettivamente viziate

21 Art. 6, lett. a, d.lg. 8 giugno 2001, n. 231. La Maltauro S.p.a. ha avviato a questo fine procedure, da parte dell'organismo di vigilanza, volte a garantire l'attuazione dei principi di legalità di cui al sistema preventivo aziendale conforme al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 adottato dalla società sin dal 2003; Prefettura di Milano, Decreto di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a. con riferimento all'appalto relative alle architetture di servizio afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015, Pro. Fasc. 12B2-2014/014925, 16 luglio 2014, p. 5.

22 N. PARISI, *An international perspective on the main functions of the Italian National Anti-corruption Authority in the prevention of corruption in public procurement*, in *Dir. Comm. Int.*, 4, 2015, 1053 ss.; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: L'art. 54-bis del d.lg. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anti-corruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, 244 ss.; F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in G. FRASCHINI - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, Catania, 2011, 89 ss.; F. GANDINI, *La protezione dei whistleblowers*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, 167 ss.; R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 335 ss..

23 R. VILLATA, *L'Atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi Editore, 2005, 832 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2001, 166 ss., P. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, Cedam, 1997.

da una condotta di reato, e pertanto fosse non solo scorretta l'attività della pubblica amministrazione²⁴, tale perciò da ammettere potenzialmente la possibilità di risarcimento del danno, ma anche illegittimo il provvedimento di aggiudicazione adottato in conseguenza.

L'autonomia degli istituti dell'illiceità e dell'illegittimità²⁵ consente, infatti, che un atto amministrativo sia contestualmente illegittimo e illecito²⁶, o meglio che rilevi sia come componente della fattispecie d'illecito della pubblica amministrazione sia come illegittimità dell'atto. Qualora, infatti, l'atto amministrativo si ponga come l'esito finale dell'attività scorretta e

24 G.M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 ss.

25 G.M. RACCA, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, in AA. VV., *Scritti in Onore di Giuseppe Palma*, Torino, Giappichelli, 2012, III, 2639 ss.; E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'Amministrazione*, Napoli, Jovene, 2012, 63 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, (dir.), *Trattato dei Contratti*, C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 2007, 637 ss.; S. PONZIO, *Responsabilità della P.A. per comportamento scorretto e quantificazione del danno*, in *Urb. App.*, 2007, 357 ss.; G.M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 ss.; M. RENNA, *Obblighi comportamentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 3, 2005, p. 557 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. GAROFOLI - G.M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 99 ss.; G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. App.*, 2, 2002, p. 199 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 403 ss. L'autonomia giuridica dei due istituti dell'illiceità dell'attività e dell'illegittimità dell'atto è confermata anche dall'autonomia processuale delle rispettive azioni di tutela risarcitoria e di tutela caducatoria. Il Codice del Processo Amministrativo ha, infatti, previsto che l'azione di condanna al risarcimento del danno possa essere proposta in via autonoma (Art. 30, c. 1) entro il termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (Art. 30, c. 3). Il Codice prevede anche la possibilità che le domande risarcitorie aventi a oggetto il danno da lesione di interessi legittimi e di altri diritti patrimoniali consequenziali siano introdotte in via autonoma (Art. 7, c. 4), stabilendo inoltre che il giudizio risarcitorio consente eccezionalmente al giudice amministrativo di conoscere della legittimità di atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento (Art. 34, c. 2) e di accertare l'illegittimità a fini meramente risarcitori allorquando la pronuncia costitutiva di annullamento non sia più utile per il ricorrente (Art. 34, c. 3).

26 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2004, 209 ss.

questa rilevi nella determinazione del suo contenuto dispositivo, le violazioni degli obblighi di correttezza possono generare profili non solo d'illiceità dell'attività ma anche d'illegittimità dell'atto²⁷.

Gli obblighi di trasparenza e concorrenza della gara sono evidentemente funzionali alla determinazione del contenuto del provvedimento di aggiudicazione - siccome volti ad assicurare il medesimo bene della vita, ossia l'aggiudicazione del contratto pubblico alla migliore offerta - e pertanto non si può affermare che la loro violazione, sostanziata nella fattispecie esaminata dal rilevato sodalizio criminale, non abbia invece avuto effetti sul contenuto del provvedimento di aggiudicazione.

L'orientamento del giudice amministrativo di primo grado, rigettato dal Consiglio di Stato, secondo cui la violazione delle condizioni di trasparenza e concorrenza della gara aveva integrato un motivo sufficiente per disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, quale «rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell'Amministrazione contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica»²⁸ pare invece una soluzione percorribile per consentire a che una procedura di evidenza pubblica sia annullata laddove le condizioni fondamentali di trasparenza e concorrenza siano state manifestamente violate ma di tali violazioni non sia direttamente apprezzabile l'ampiezza e l'intensità *ex se* negli atti impugnati.

3. La tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione per comportamento contrario a correttezza e al principio d'integrità.

La pubblica amministrazione (di seguito p.a.) è vincolata al rispetto del principio di correttezza che trova fondamento nelle disposizioni costituzionali²⁹ e specificazione negli obblighi riconducibili alla categoria dei c.d. obblighi di protezione che la p.a. è tenuta ad adempiere a prescindere della rilevanza degli stessi ai fini del giudizio validità del provvedimento, quali gli obblighi di pubblicità, di informazione, di non aggravamento del

27 Il rapporto tra attività illecita e atto illegittimo si configura invece diversamente, in termini di radicale dicotomia, laddove l'attività scorretta individuata non sia funzionale all'emissione dell'atto amministrativo e non possa perciò incidere sulla validità di quest'ultimo, pur potendosi affermare comunque l'illecito della pubblica amministrazione.

28 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802.

29 G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, *ibidem*, 1532; *cit.*, 1532 ove si legge che il principio di correttezza quale principio dell'attività amministrativa sembra trovare fondamento nell'art. 97 Cost. quale “*evoluzione del principio di imparzialità*”.

procedimento³⁰.

Il giudizio sulla correttezza dell'attività amministrativa presuppone la considerazione del comportamento complessivo dell'ente e, quindi, ha un oggetto più ampio del c.d. giudizio di legittimità rispetto al quale è considerato autonomo e distinto. Ai fini dell'accertamento della scorrettezza ovvero della contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione assumono rilievo anche fatti che non emergono dagli atti del procedimento: l'amministrazione è inadempiente all'obbligo di informazione per aver assicurato la stipula del contratto e fissato un incontro poi disdetto, al sopravvenire di circostanze rilevanti non comunicate al privato³¹.

L'attività amministrativa sembra essere conforme al principio di correttezza se esercitata nel rispetto del principio di integrità, ossia quando il potere è esercitato e le risorse sono utilizzate allo scopo di perseguire finalità predefinite nell'interesse pubblico, garantendo la legalità dell'azione amministrativa e la qualità della spesa pubblica³².

30 In dottrina, tra i tanti: G. M. RACCA, S. PONZIO, *Responsabilità Precontrattuale - Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, 8-9, 1965; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*, Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013, Jovene Editore, Napoli, 2014, 99 e 101 circa la riferibilità di figure proprie del diritto privato, quali l'obbligazione senza prestazione, al rapporto giuridico tra p.a. e soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo; G. M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 179; ID., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit.; F. G. COCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4061. Cfr. sul tema E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, fasc.3, 2009, 532; in giurisprudenza tra le tante: Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in part. 9.4.1 e 9.4.2 in *De jure* Giuffrè; ID., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. CdS.*, 2003; Cons. St., sez. V, 06 agosto 2001, n. 4239, in *De Jure* Giuffrè.

31 Tra i tanti: G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, cit., 1531; ID., *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 134; Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, con nota di F. MANGANARO, *Il risarcimento del danno non si addice agli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2003, 9, 1071; cfr. anche, da ultimo: Cons. St. 12 luglio 2016, n. 14188, in *De jure* Giuffrè.

32 L'integrità è definita quale “*use of funds, resources, assets and authority according to the intended official purposes, to be used in line with public interest*” Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), *Public Governance Reviews, Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement Progress since 2008*, Annex A

L'integrità delle organizzazioni pubbliche è minacciata dall'"*abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati*"³³, ossia da comportamenti riconducibili alla nozione di corruzione in senso ampio, in quanto riferibile non solo a fattispecie penalmente rilevanti, ma anche a situazioni di c.d. cattiva amministrazione, in ragione dell'esercizio di funzioni pubbliche per soddisfare interessi privati³⁴.

Le condotte che minano l'integrità dell'organizzazione in quanto assimilabili alle condotte contrarie a correttezza, sembrano poter assumere rilievo ai fini della tutela risarcitoria.

4. La c.d. corruzione in senso ampio e la tutela risarcitoria degli operatori economici nei confronti della stazione appaltante.

Nella recente sentenza del giudice amministrativo di primo grado, resa nell'ambito del contenzioso concernente una procedura di gara relativa all'evento EXPO 2015, si legge che il verificarsi di episodi corruttivi (in senso ampio)³⁵ prova l'"*inescusabile fallimento del sistema dei controlli*

pag. 115; cfr anche G. M. RACCA, C. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit.. Sui rapporti tra integrità e correttezza: G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in L. R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 29-30. Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti COM (2011)15.

33 AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Piano Nazionale Anticorruzione, 2013, 13

34 AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), *ibidem*, 13. Sulla nozione di "*maladministration*", cfr. S. CASSESE, "*Maladministration*" e rimedi, in *Il Foro it.*, settembre 1992, V, 243, pp. 2-15; sulla nozione di corruzione in senso ampio cfr. anche:EU Anticorruption Report, 2014, on line: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf. ove si legge che "*this report defines corruption in a broad sense as any 'abuse of power for private gain'*" e che richiama gli strumenti internazionali:United Nations Convention against Corruption, Council of Europe anti-corruption legal instruments, inclusaResolution (97) 24 on the twenty Guiding Principles for the fight against corruption e le raccomandazioni No. R (2000) 10 on codes of conduct for public officials e No. R (2003)4 on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns.

35 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, in *De jure* Giuffrè, p. 13, per chiarezza espositiva si riporta l'estratto della sentenza ritenuto significativo "*L'esame [...] dei fatti pone, [...] in evidenza un profondo solco tra la presunta "legittimità dell'intera pro-*

*e della scelta dei funzionari da proporre a garanzia della trasparenza di una pubblica gara*³⁶ che rileva ai fini dell' accertamento della responsabilità per *culpa in vigilando e in eligendo* dell'amministrazione. Ciò ancorché un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa escluda la rilevanza della colpa ai fini della condanna al risarcimento del danno, in conformità alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁷.

La sentenza di condanna al risarcimento del danno per equivalente è intervenuta in un momento successivo al commissariamento dell'appalto da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che ha impedito l'affidamento del contratto alla ricorrente³⁸ e alla pronuncia del Consiglio di Stato che ha "ripristinato" la legittimità degli atti di gara³⁹, di cui il giudice di primo

cedura", *eccepita dalla società Expo [...] la manifesta illiceità della gara, accertata dal Tribunale penale di Milano, [...] con sentenza del 27 novembre 2014, n. 14/3725 [...] è, pertanto, nell'illiceità della gara che il Collegio ravvisa la prova dell'incapacità della stazione appaltante di porre in essere un'efficace azione "di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", fine previsto dall'art. 1 della legge 190/2012".*

36 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 14.

37 Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/2009, Stadt Graz c. Strabag AG, in Racc., 2010 I-08769; Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, in *Responsabilità Civile e Previdenza 2016*, 3, 976; Id., sez. VI, 04 settembre 2015, n. 4115, in *Foro amm.* 2015, 9, 2268 (s.m); Cons. St., Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 802, in *De Jure Giuffrè*, Cons. Stato, 13 dicembre 2013, n. 6000, in *De Jure Giuffrè*; Id., sez. V, 03 dicembre 2012, n. 6161, in part. par. 3.10.5, in *Urb. e App.*, 2013, 4, 484, con nota di M. PROTTO, P. PATRITO, *Presunzione e onere della prova*; T.A.R. MILANO, (Lombardia), sez. IV, 15 febbraio 2016, n. 315, in *De Jure Giuffrè*; T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. I, 10 luglio 2015, n. 1887, in *De Jure Giuffrè*; TAR Milano sez. I, 20 aprile 2015, n. 958, in *Redazione Giuffrè amministrativo 2015*; TAR Catania sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 446, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 2, I, 409; sul tema: G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, *cit.*, 1968 e ss.; C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante, in Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, a cura di L. BALUCANI, A. CAROZZO, C. E. GALLO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 4.

38 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 12 fa riferimento al commissariamento di cui al "decreto del Prefetto del 16 luglio 2014"; cfr. anche AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE – nota 10 luglio 2014, Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società maltauro spa con riferimento all'appalto relativo alle "architetture di servizio" afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015 (art. 32 d.l. 24 giugno 2014 n. 90).

39 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 15: "la contraddizione - emergente nel quadro difensivo della società Expo - tra l'illiceità delle condotte [...] e la legittimità dell'aggiudicazione, ripristinata a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato

grado dà atto nel precisare che ciò non impedisce di attribuire rilievo all'”*illiceità della gara*”⁴⁰ emersa in sede di giudizio penale ed in occasione del commissariamento⁴¹.

Dinanzi al giudice amministrativo, le risultanze del giudizio penale concernenti le condotte delle persone fisiche sono considerate rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità quale prova dell'”*illiceità della gara*” riferibile all'ente in forza del *rapporto di immedesimazione organica*⁴². La decisione riconosce che la causa del danno è ravvisabile nelle condotte delle persone fisiche che hanno agito “*fruendo di funzioni pubbliche [...] espressamente attribuite, e in esclusiva ragione di tale attribuzione*”⁴³.

In ogni caso, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'amministrazione si attribuisce rilievo all'omesso e negligente esercizio dei poteri di preposizione organica, vigilanza e controllo⁴⁴. La decisione sembra attribuire rilievo anche all'omesso esercizio dell'autotutela, in quanto idonea a “*ripara[re] alle dannose conseguenze derivanti dalla violazione del principio di legalità e di libera concorrenza [che] la stazione appaltante [...] non ha mai avvertito su di se l'obbligo di porre in essere [...] per il ripristino della legalità violata*”⁴⁵.

Viene preso in considerazione il comportamento complessivo dell'amministrazione anche sulla base di circostanze non risultanti dall'esame degli atti della procedura, quali le risultanze del giudizio penale e del commissariamento, e l'oggetto del sindacato del giudice amministrativo si estende fino alla valutazione della “*designazione*”⁴⁶ del responsabile del procedimento, che nel caso di specie è ritenuta “*non meditata*”⁴⁷.

[Cons. St., Sez. IV, n. 143 del 20 gennaio 2015, *cit.*], *non elimina l'ingiusto pregiudizio patito dalle ricorrenti e, soprattutto, le responsabilità che ne costituiscono il presupposto*”.

40 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*.

41 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 16 cita Tribunale penale di Milano, 27 novembre 2014, n. 14/3725; cfr. anche B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. quale priorità? - il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 1, 78.

42 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.* 17.

43 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 17.

44 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, p. 14,17; Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, in *Foro Amm. (Il)* 2016, 5, 1188 (s.m), par. 7, con commento di F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose - Il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5, 665.

45 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 15, 18.

46 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 14.

47 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 14.

La decisione del giudice di primo grado è stata annullata senza rinvio dal Consiglio di Stato che ha rilevato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo⁴⁸. Il Collegio sembra ritenere che la responsabilità dell'amministrazione per *culpa in eligendo* o *in vigilando* esuli dal sindacato del giudice amministrativo avente ad oggetto il rapporto tra amministrazione e terzo, operatore economico non risultato aggiudicatario⁴⁹.

Il Collegio afferma che nel caso di specie il danno subito dall'operatore economico non consegue all'esercizio del potere amministrativo eventualmente formalizzato in un provvedimento amministrativo illegittimo che il giudice ritiene essenziale ai fini della configurabilità della giurisdizione del giudice amministrativo: ancorchè sia ravvisabile un rapporto di derivazione causale tra le condotte poste in essere dalle persone fisiche e il danno subito dall'operatore economico, le stesse non sono riferibili all'amministrazione, perché sono state poste in essere in cesura del rapporto organico⁵⁰. Il Collegio ritiene che la considerazione che il pregiudizio subito non consegua all'adozione di un "*provvedimento illegittimo [...] che [si] avrebbe potuto ottenere, ma che [...] è stato illegittimamente negato*"⁵¹ trovi conferma anche nella circostanza che il giudice di primo grado non ha riconosciuto il danno da perdita di *chance* per l'impossibilità di ricostruire le valutazioni della stazione appaltante a fronte dell' "*irreversibile inattendibilità delle valutazioni operate dalla commissione giudicatrice*"⁵².

L'amministrazione avrebbe potuto impedire il verificarsi degli episodi corruttivi (in senso ampio) esercitando il potere di scelta e vigilanza sui propri funzionari⁵³, ma questa porzione del "comportamento complessivo"

48 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 9

49 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 7, F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose - Il commento*, *cit.*, 670.

50 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 7 che cita Cass., sez. un., 22 gennaio 2015 n. 1162.

51 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *ibidem*, par. 7, "*Tali forme di responsabilità si riferiscono entrambe ad un vizio afferente al corretto rapporto tra persona giuridica pubblica e soggetto che per essa agisce, stante il rapporto organico, e dell'agire del quale l'amministrazione è chiamata a rispondere [...] stante l'intervenuta cesura del rapporto organico (il che, ove al contrario fosse, comporterebbe una responsabilità risarcitoria in solido con l'autore del fatto-reato)*".

52 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *ibidem*, par. 7 che riprende il testo alla sentenza TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 20.

53 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *ibidem*, par. 7, per chiarezza espositiva si riporta il testo della pronuncia: "[n]ella ipotesi della *culpa in eligendo* o *in vigilando*, è del tutto evidente che la responsabilità attribuita all'amministrazione non discende dalla

dell'ente è ritenuta inerente il rapporto tra l'amministrazione e il funzionario che agisce per la stessa e può costituire oggetto di sindacato del giudice ordinario quale violazione del principio del *neminem laedere*⁵⁴. Il Giudice di appello rileva altresì che l'omesso esercizio dell'autotutela non sembra poter del assumere rilievo nel giudizio risarcitorio dinanzi al g.a. a fronte dell'insussistenza dei presupposti (tra cui l'illegittimità degli atti) e la doverosità del suo esercizio⁵⁵.

Sembra quindi porsi il problema di definire l'estensione dell'oggetto del giudizio risarcitorio dinanzi al giudice amministrativo, in particolare se e a quali condizioni possa rilevare il "*fallimento del sistema dei controlli e della scelta dei funzionari*"⁵⁶ nel giudizio amministrativo sul rapporto tra amministrazione e terzo, operatore economico.

illegittimità dell'atto adottato, ma attiene al più generale comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (recte: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario".

54 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *ibidem*, par. 7. Dal ragionamento della Corte sembra desumersi che nella diversa ipotesi in cui si neghi la cesura del rapporto organico l'ente potrebbe esser chiamato a rispondere dei danni, anche se, nel caso di specie, si esclude che il "*fallimento del sistema dei controlli e della scelta dei funzionari*" (TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, p. 14) possa assumere rilevanza nel giudizio amministrativo ancorchè inteso quale giudizio sul rapporto, in quanto non inerente al rapporto tra amministrazione e terzo, dedotto in giudizio.

55 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 8 : "[n]el caso di specie, e come innanzi esposto, non vi è stato alcun accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato, né, in ogni caso, si è in presenza di una attività amministrativa (in autotutela) che avrebbe dovuto essere obbligatoriamente svolta. Il che necessariamente postulerebbe, al fine della responsabilità risarcitoria per danno derivante da mancato esercizio di potere amministrativo obbligatorio, la sussistenza di una posizione di interesse legittimo pretensivo "all'annullamento dell'atto", non soddisfatta (illegittimamente) dall'amministrazione. La sentenza, tuttavia, non enuncia tale (pur non condivisibile) ricostruzione, limitandosi ad affermare [...] che "la stazione appaltante . . . non ha mai avvertito su di sé l'obbligo di porre in essere un deciso intervento per il ripristino della legalità violata". L'omesso esercizio del potere di autotutela, dunque, non configura alcuna ipotesi in cui [...] sussista la giurisdizione del giudice amministrativo". Cfr. anche F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose - Il commento*, *cit.*, 671.

56 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 14

In forza dei principi costituzionali⁵⁷, l'attività della pubblica amministrazione presuppone organizzazioni in grado di assicurarne il corretto esercizio⁵⁸, lo *status* professionale della p.a. sembra essere considerato il fondamento della posizione di garanzia che l'ente pubblico assume nei confronti dei terzi⁵⁹ e la recente disciplina normativa⁶⁰ che limita la capacità degli enti di “*selezionare autonomamente i contraenti*”⁶¹ sembra attribuire alle centrali di committenza il compito di garantire la disponibilità di professionalità e strutture idonee ad assicurare il rispetto dei principi dell'attività amministrativa⁶².

In dottrina si ritiene che la “*disorganizzazione amministrativa e gestionale*”⁶³ possa rilevare ai fini della valutazione della colpa della p.a., a condizione che sia causa del danno, prendendo in considerazione l'adozione di “*ade-*

57 Tra i quali, in particolare l'adeguatezza dell'ente all'esercizio delle funzioni di cui all'art. 118 Cost. It.

58 R. CAVALLO PERIN, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, on line: <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/ATT00053.pdf>, p. 38 (pt. 3); vedi anche G. M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*” Varenna 17- 19 settembre 2015, in ASTRID RASSEGNA – N. 16/2015, 7 e in *Diritto Amm.*, fasc.02-03, 2015, pag. 345; F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, 973-974.

59 C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 11, 10983; Cass. civ. Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in *De Jure*; G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1971.

60 Artt. 37 e 39, d. lgs., n. 50 del 18 aprile 2016 e, in precedenza D.lgs. 12 aprile 2006, n. 16, art. 33, c. 3bis.

61 G. M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, cit., p. 8 e cit., 345

62 G. M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, ibidem.

63 S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, 305 che fa riferimento a Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478; Id., sez. V, 10 gennaio, n. 32 che, invece, sembrano negarvi rilievo; per completezza si segnala che l'Autore, nell'ambito della responsabilità per “*danni da attività provvedimento illegittima della p.A.*” (p. 300), nel suggerire un “*nuovo modello di colpa fondato sulla violazione di regole di condotta e sulla colpa professionale*” (pp. 299 e 300) sembra ritenere che la valutazione della colpa possa aver ad oggetto anche la condotta della persona fisica.

*guati modelli organizzativi tesi a prevenire il danno*⁶⁴ e la predisposizione di misure e strumenti finalizzati a “*prevenire abusi nell’esercizio della funzione provvedimento*”⁶⁵, tra cui i sistemi di controlli e la professionalizzazione dei funzionari⁶⁶. Ciò in quanto si ravvisa la colpa (intesa secondo una concezione oggettiva) nella violazione delle regole di condotta giuridiche o extra giuridiche volte a evitare le conseguenze dannose del proprio agire⁶⁷.

La recente adozione della disciplina in materia di contrasto e prevenzione della corruzione⁶⁸ sembra fornire fondamento normativo all’obbligo di predisporre efficaci strumenti e misure preventive⁶⁹ del verificarsi di episodi

64 S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, *ibidem*, 313 e 318.

65 S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, *ibidem*, 320.

66 Per l’elaborazione dei modelli organizzativi la dottrina suggerisce di considerare le elaborazioni degli interpreti di diritto penale, concernenti la responsabilità da reato degli enti S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, *ibidem*, 319, 322 e 325.

67 Distinta dalla violazione delle regole da valutarsi nel giudizio sull’ingiustizia del danno S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, *ibidem*, 323 e 378.

68 Legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*, (G.U. n. 265 del 13 novembre 2012), in particolare art. 1 comma 1 e 17; Legge 20 novembre 2009, n. 166, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. (09G0180)* (GU n.274 del 24-11-2009 - Suppl. Ordinario n. 215), in particolare art. 3 quinquies “*Disposizioni per garantire la trasparenza e la libera concorrenza nella realizzazione delle opere e degli interventi connessi allo svolgimento dell’Expo Milano 2015*”, richiamati nella sentenza TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, p. 8. Per l’analisi e il confronto degli strumenti di prevenzione dell’illegalità nell’ambito pubblico e privato: R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 11, 1507; A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 Allegato 1, 44.

69 In tal senso TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *ibidem*, 8: “*La previsione di cui al comma 17 dell’art. 1 della legge 190/2012 (“le stazioni appaltanti possono prevedere [...] che il mancato rispetto [dei] protocolli di legalità o [dei] patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”) va [...] intesa alla stregua di una misura integrata nella disciplina finalizzata a realizzare l’obiettivo [di] “assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” (comma 1 della medesima norma). A riprova di ciò [...] nel protocollo di legalità è stato previsto, all’art. 4 (dal titolo “prevenzione interferenze illecite ed oneri a*

di corruzione in senso ampio. Sembra, quindi, possibile ritenere che, ai fini della condanna al risarcimento del danno l'eventuale "*fallimento del sistema dei controlli e della scelta dei funzionari*"⁷⁰ rilevi quale inadempimento del suddetto obbligo qualificabile come specificazione dei principi di integrità e correttezza dell'attività amministrativa in quanto finalizzato a garantirne il rispetto. Rimane da indagare a quali condizioni il verificarsi di episodi di corruzione in senso ampio possa essere considerata prova dell'inadempimento.

carico di Expo") *che* "in occasione di ciascuna delle gare indette per la realizzazione delle opere, Expo si impegna [...] a prevedere una disciplina quanto più possibile volta a garantire la tutela della legalità e la trasparenza": *una dichiarazione espressiva dell'assunzione di un tassativo obbligo di fronteggiare e reprimere la corruzione e il malaffare, al quale, però, non è stato dato adempimento alcuno*". Nello stesso senso la ricostruzione della sentenza di primo grado da parte del Cons. St., Sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, *cit.*, par. 5 "*Gli aspetti costituenti culpa in eligendo ed in vigilando, per un verso, e l'omesso esercizio del potere di autotutela, una volta risaputosi di possibili profili di illiceità penale, per altro verso, determinerebbero inoltre, secondo la sentenza, la violazione del protocollo di legalità sottoscritto il 13 febbraio 2012 (ed in particolare del suo art. 4), e dell'impegno ivi assunto a "prevedere una disciplina quanto è più possibile volta a garantire la tutela della legalità e la trasparenza"*". Cfr. anche F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose - Il commento*, *cit.*, 670 e 671. Sulla funzionalità dei protocolli di legalità alla tutela dei principi in materia di appalti cfr. C.G.U.E., Decima Sez. 22 ottobre 2015, nella causa C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721, on line: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170301&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156721>; C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici - protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto ue della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. It.*, 2016, 6, 1459.

70 TAR Lombardia, Milano, 20 aprile 2015, n. 974, *cit.*, 14.

EDOARDO FERRERO

Il contenimento del consumo di suolo come limite della discrezionalità urbanistica

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. — 2. La vicenda di Segrate. — 3. Il contenimento del consumo di suolo come interesse diffuso. — 4. Consumo di suolo, urbanizzazione e valutazione ambientale — 5. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione al tema.

Il contenimento del consumo di suolo costituisce un tema di grande attualità, in grado di catturare l'attenzione non solo degli operatori del diritto ma anche dell'opinione pubblica, in ragione delle sue implicazioni sull'ambiente e sull'economia.

Nel dibattito giuridico¹, la questione ha acquisito importanza principalmente nell'ultimo decennio, in concomitanza con l'affermarsi delle politiche europee di sviluppo sostenibile² e con la rielaborazione della categoria

1 La dottrina che si è occupata della tematica del consumo di suolo, benché recente, è vasta: G.F. CARTEI – L. DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014; A. QUARANTA, *Contenimento del consumo di suolo e riuso del suolo edificato: tante parole, pochi fatti*, in *Amb. e sviluppo*, 2015, 1, 173 e ss.; C. GABBANI, *Prospettive per un inquadramento giuridico dell'interesse al contenimento del consumo di suolo*, in *Federalismi.it*, 2015, 9; G.F. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 6, 1261 e ss.; G. IUDICA, *Ruolo dell'agricoltura e consumo di suolo*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 5, 260 e ss.; F. CARRARO, *Consumo di suolo e federalismo fiscale ambientale*, in *Riv. dir. fin.*, 2011, 2, 231 e ss..

2 Per una ricognizione bibliografica del concetto di sviluppo sostenibile si rimanda a E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, I, pp.

dei beni comuni.

La ragione per cui questo tema, in passato, non ha ricevuto particolare attenzione è duplice. In primo luogo, il suolo non veniva percepito, da un punto di vista dell'immaginario comune, come componente indispensabile dell'ambiente³, se non sotto i profili strettamente morfologici⁴, attinenti perlopiù alla materia della sicurezza pubblica. Secondariamente, la tematica era fortemente ostacolata, da un punto di vista culturale, dall'ideologia neo-liberista dominante, che avrebbe mal sopportato una così netta incisione del diritto di proprietà.

Oggi, la situazione è cambiata, così come la concezione di benessere collettivo, non più ancorata ai soli indicatori materiali⁵. All'interno di questo rinnovato contesto, si è sviluppata l'idea di contenere lo sfruttamento del suolo. Come evidenziato dalla Commissione europea⁶, il suolo costituisce una «*risorsa fondamentale ed essenzialmente non rinnovabile*», strumentale all'esercizio di una serie di funzioni essenziali, come quelle legate alla sicurezza alimentare, all'equilibrio ecologico ed alla preservazione del patrimonio culturale.

Proprio per la sua natura di *risorsa non rinnovabile*, il concetto di suolo

49-79, C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA – M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, I, 221-270 (spec. 235) e F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 433- 451.

3 Al contrario di altri beni ambientali, quali l'acqua e l'aria, intorno ai quali si è storicamente concentrata l'attenzione degli studi di diritto ambientale.

4 A tale proposito si veda R. LOMBARDI, *La difesa del suolo*, in R. FERRARA – M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, III, 667 e ss, che evidenzia come «*Il concetto di "difesa del suolo" richiama un complesso di attività non unitario ma estremamente diversificato, i cui molteplici oggetti sono profondamente intrecciati tra loro e condizionati dall'evolversi degli usi del territorio in rapporto ai processi di sviluppo produttivo ed economico*».

5 Per lungo tempo, il livello di benessere di una società è stato misurato attraverso indicatori come il reddito pro-capite e il Prodotto interno lordo (Pil), che risultano oggi sostituiti o perlomeno affiancati da nuovi rilevatori del benessere. Alcuni studi hanno infatti evidenziato che la dimensione del benessere è formata da caratteri eterogenei, che il noto *Rapporto Stiglitz* ha compendiato nei seguenti concetti: *standards* materiali di vita (reddito, consumi e ricchezza), salute, istruzione, attività personali (compreso il lavoro), opinione politica e governabilità, integrazione e relazioni sociali, ambiente e insicurezza (economica così come fisica). È stato quindi sviluppato un approccio multidimensionale del benessere equo e sostenibile, finalizzato ad integrare il tradizionale indicatore dell'attività economica, il PIL, con altri indicatori di vario genere, compresi quelli relativi alle disuguaglianze ed alla sostenibilità economica, sociale e ambientale.

6 Cfr. COM(2006)231 del 22 settembre 2006, recante la «*Strategia tematica per la protezione del suolo*».

è stato catturato dal più ampio dibattito sui beni comuni⁷, ovvero quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, risultano funzionali al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi della collettività, a prescindere dal relativo titolo di proprietà⁸.

Con particolare riferimento alla materia urbanistica, la categoria dei beni comuni è stata (ed è tuttora) utilizzata come espediente per superare l'annosa questione della scorporabilità dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà⁹. Questa teoria, che si pone in antitesi con l'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale¹⁰, per cui lo *ius aedificandi* è connaturato alla proprietà, intesa come situazione giuridica soggettiva, trova conforto nel di-

7 Il tema dei beni comuni o *commons* rinviene una tradizione di studio risalente nella letteratura anglosassone, di seguito sinteticamente richiamata: G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248; C.M. ROSE, *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, 1986, pp. 711-781; E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institution for Collective Action*, Cambridge, 1990. Più recente è invece la dottrina italiana, che ha affrontato l'argomento essenzialmente in corrispondenza dell'indizione del referendum abrogativo del 2011 sui servizi pubblici locali; a tale riguardo, si vedano U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, 2011; G. ARENA – C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 459-485; A. QUARTA – M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016.

8 Questa definizione di bene comune è estrapolata da Cass. Civ., SS.UU., 14 febbraio 2011, n. 3665, che si è pronunciata a proposito delle valli da pesca della laguna di Venezia.

9 Il riferimento è soprattutto a P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014; ID., *Il consumo di suolo e la mistificazione del ius aedificandi*, in G.F. CARTEI – L. DE LUCIA (a cura di), *op. cit.*, 107-121. Sul punto si veda anche E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in *Pausania.it*, 2014. Per una ricostruzione dell'evoluzione e degli aspetti teorici del diritto di edificare, invece, si veda G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, 667-677, al quale si rinvia anche per la esaustiva ricognizione bibliografica.

10 Cfr. sentenze nn. 55 e 56 del 1968 della Corte Costituzionale, che dichiararono l'illegittimità delle disposizioni che non contemplavano un indennizzo in conseguenza dell'imposizione di vincoli urbanistici operanti a tempo indeterminato. Dello stesso tenore è poi la sentenza n. 5 del 1980, ove si afferma che «il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà (...) anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici». Corollario logico di tale impostazione, ampiamente criticata dalla dottrina, è che «la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti», da ricercare nel paradigma dominicale.

segno di legge n. 2039, approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il 12 maggio 2016¹¹, nel quale il suolo viene espressamente qualificato come «*bene comune e risorsa non rinnovabile*» (art. 1, comma 1)¹².

Abbandonando per ora la prospettiva *de iure condendo*, si evidenzia come la disciplina vigente si caratterizzi per l'elevata flessibilità ed adattabilità agli ordinamenti territoriali¹³. A livello statale non si rinvencono, infatti, dei contingentamenti rigidi allo sfruttamento del suolo, quanto semmai delle generiche enunciazioni di principio, che trovano concreta attuazione negli strumenti urbanistici degli enti territoriali. Emblematica in tal senso è la legge 14 gennaio 2013, n. 10, in base alla quale «*Ai fini del risparmio del suolo e della salvaguardia delle aree comunali non urbanizzate, i comuni possono: a) prevedere particolari misure di vantaggio volte a favorire il riutilizzo e la riorganizzazione degli insediamenti residenziali e produttivi esistenti, rispetto alla concessione di aree non urbanizzate ai fini dei suddetti insediamenti; b) prevedere opportuni strumenti e interventi per la conservazione e il ripristino del paesaggio rurale o forestale non urbanizzato di competenza dell'amministrazione comunale*» (art. 6, comma 2).

Il sistema è dunque strutturato in modo tale da consentire agli enti territoriali di adottare, nell'esercizio della propria autonomia, le misure più idonee a contenere lo sfruttamento del suolo. Ed è proprio con riferimento

11 Per un primo commento si rinvia a F. GUALANDI, *Il recente disegno di legge (n. C 2039) approvato dalla Camera sul contenimento del consumo del suolo: poche idee o poco coraggio?*, in *Lexitalia*, 2016, 7, ove si mettono in luce i profili di criticità del testo, carente di «*un collegamento organico e un disegno unitario, dato che gli articoli appaiono sostanzialmente "affiancati", senza una precisa logica*».

12 Occorre precisare che allo stato attuale l'ordinamento statale – salva l'eccezione, invero residuale, delle risorse ittiche, riconosciute come «*bene comune rinnovabile*» dall'art. 4 del d.lgs. 154/04, in seguito abrogato dal d.l. 225/10 – non conosce alcuna tipizzazione espressa della categoria dei beni comuni. Al contrario, alcuni ordinamenti regionali configurano già il suolo come bene comune: basti richiamare, a tale proposito, l'esperienza lombarda (art. 1, comma 2 della l.r. 28 novembre 2014, n. 31) e quella friulana (art. 1, comma 3 della l.r. 15 luglio 2016, n. 12).

13 Caratteristiche, queste, che hanno indotto parte della dottrina a dubitare dell'effettiva efficacia della disciplina attuale e ad invocare un intervento maggiormente incisivo da parte del legislatore, che – oltre a sistematizzare l'intera materia, magari nel d.lgs. 152/06 (T.U. ambiente) – fissi in via generalizzata se non dei limiti quantitativi quantomeno dei meccanismi di calcolo dei medesimi. Sul punto si veda C. GABBANI, *cit.*, secondo cui «*Il legislatore statale dovrebbe in quella sede (parte terza del d.lgs. 152/2006, ndr) prevedere le norme di principio, i procedimenti – presumibilmente subprocedimenti all'interno delle procedure di pianificazione territoriale già esistenti – e le misure organizzative (ad esempio una conferenza di copianificazione d'area vasta a livello regionale) necessari per attuare l'interesse pubblico alla conservazione della risorsa naturale suolo*».

alle modalità concrete di esercizio ed ai confini esterni del potere di pianificazione che si sofferma la presente indagine, che muove da un precedente significativo, e cioè la sentenza n. 2921 del 28 giugno 2016 del Consiglio di Stato (sez. IV).

2. La vicenda di Segrate.

Si tratta di una sentenza *monstre* (oltre 80 pagine), che ha posto fine ad una vicenda estremamente intricata, i cui protagonisti sono stati il Comune di Segrate, la Città Metropolitana di Milano, alcune associazioni ambientaliste, alcune imprese di costruzioni ed alcuni singoli cittadini.

In estrema sintesi, la fattispecie sottoposta al vaglio del giudice amministrativo concerneva l'approvazione dello strumento urbanistico di un comune dell'*hinterland* milanese, mediante cui venivano sostanzialmente eluse le prescrizioni in materia di consumo di suolo. Più precisamente, le censure mosse dalle associazioni ambientaliste avverso l'atto comunale erano volte a dimostrare che «*le trasformazioni previste dal PGT¹⁴ di Segrate comportavano un consumo di suolo largamente eccedente rispetto a quanto consentito dal PTCP¹⁵*».

Tali doglianze, accolte in entrambi i gradi di giudizio, rivestono particolare importanza a causa soprattutto del contesto nel quale sono state sollevate, ovvero un comune che, per la sua collocazione geografica, dal dopoguerra ha registrato un'intensa richiesta edificatoria a scapito delle attività agricole presenti sul territorio¹⁶. Si tratta, in altre parole, del fenomeno della speculazione edilizia¹⁷, i cui effetti devastanti sul sistema sociale sono stati svelati

14 Il Piano di Governo del Territorio (PGT) è lo strumento principale, introdotto dalla l.r. 11 marzo 2005, n. 12, per la pianificazione comunale, ed è composto dal Documento di Piano, dal Piano dei Servizi e dal Piano delle Regole.

15 Si tratta del Piano Territoriale di Coordinamento (PTCP), attraverso cui la Provincia definisce ai sensi della l.r. 12/2005 gli obiettivi generali relativi all'assetto e alla tutela del proprio territorio connessi ad interessi di rango provinciale o sovracomunale o costituenti attuazione della pianificazione regionale.

16 È indicativo che, nel corso del giudizio, lo stesso Comune abbia sostenuto il «*ruolo marginale dell'attività agricola nel territorio di Segrate*» onde giustificare le proprie scelte pianificatorie.

17 Per risalire alle origini del fenomeno, si rinvia alla lucida analisi di A. RONDINONE – U. ROSSI – A. VANOLO, *Alle radici della crisi: questione urbana e consumo di suolo in Italia*, in *Riv. geog. it.*, 2013, 4, 334-342, per cui «*negli anni Settanta in Italia cominciarono a manifestarsi significative tendenze alla suburbanizzazione: la classe media, in particolare, appariva desiderosa di abbandonare centri urbani congestionati, mentre la casa è dive-*

dalla recente crisi economica.

Sullo scenario appena descritto si inserisce l'eterno conflitto tra pubblico e privato: da un lato, l'interesse ad un ordinato assetto del territorio ed alla salvaguardia ambientale; dall'altro, le ragioni dominicali e la libera iniziativa economica.

Questi punti sono affrontati nella sentenza in esame, dalla quale si ricava, anzitutto, che il contenimento del consumo di suolo costituisce un interesse giuridicamente apprezzabile, in grado di condizionare in modo sempre più pervasivo l'esercizio della discrezionalità tecnico-amministrativa, specie in sede di pianificazione.

Ulteriori spunti si traggono con riferimento alla titolarità ed alla azionabilità di questo interesse che, per sua natura, trascende i limiti di un rapporto strettamente individuale, e cioè viene ricollegato non ad un singolo bensì ad una pluralità di soggetti¹⁸. Trattandosi di interesse superindividuale, si pone poi un problema di tutela, che nel caso di specie è stato risolto, seppure in modo non esplicito, ricorrendo alla categoria degli *interessi diffusi*¹⁹.

nuta gradualmente un oggetto di consumo e di culto, prima ancora che un bisogno e uno strumento di emancipazione sociale». Di conseguenza, il mercato ha generato «un'offerta sempre più differenziata per aspettative e inclinazioni economiche, sociali, estetiche e culturali: dalle villette isolate ai complessi residenziali con cui si vuole ricreare un senso di comunità; dalle operazioni immobiliari che puntano sull'idea di sicurezza a quelle che offrono giardini e "natura". Tuttavia, in presenza di un mercato letteralmente surriscaldato, l'offerta è divenuta sovradimensionata rispetto alla domanda: si è costruito molto più del necessario, e non stupisce quindi l'attuale contrazione dei prezzi e l'alto numero di alloggi rimasti invenduti».

18 Come se il suolo, inteso come la somma dei fondi non ancora edificati, fosse un bene giuridico distinto rispetto ai singoli fondi che lo compongono. Il valore, soprattutto ambientale, ricollegato al suolo trae infatti fondamento dalla natura universale del suolo, dalle cui modalità di utilizzo discendono una serie di conseguenze. È appena il caso di sottolineare come questa impostazione risenta della sistematica dei beni comuni, per cui la titolarità dei singoli fondi va separata da quella del bene risultante dalla somma.

19 Si richiama la definizione di M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 8, in base alla quale «l'interesse diffuso appare come uno stato psico-sociale di tensione tra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito sì da riguardare vaste masse per definizione indifferenziate di soggetti». Sulla questione della difesa in giudizio degli interessi diffusi, si vedano S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 569 e ss., e R. FERRARA, voce *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 481 e ss..

3. Il contenimento del consumo di suolo come interesse diffuso.

Occorre precisare come la fattispecie in esame non ricada nell'ipotesi tipica di impugnazione di uno strumento urbanistico da parte di un soggetto che, in ragione della particolare qualità rivestita²⁰, risulta diretto destinatario delle prescrizioni ivi contenute²¹. Nella vicenda in esame, infatti, quel che rileva è l'interesse adespota al contenimento del consumo di suolo, che è riferibile ad una collettività indifferenziata di soggetti, idealmente lesi dalle prescrizioni urbanistiche impugnate.

Il contenimento del consumo di suolo si trasforma quindi da interesse diffuso²², in ordine al quale ciascun componente del gruppo che fruisce del bene è titolare di un interesse omogeneo rispetto a quello degli altri, ad interesse collettivo, nel cui ambito emerge un'organizzazione che agisce a tutela di quell'interesse²³, per assumere poi, in giudizio, le sembianze dell'interesse

20 Ad esempio perché proprietario di un fondo sul quale è stato imposto un vincolo urbanistico.

21 Con riferimento a tale ipotesi trova applicazione l'orientamento prevalente, in base al quale *«l'interesse ad una impugnazione immediata e diretta di uno strumento urbanistico generale va ancorato al dato della concreta ed effettiva lesività dello stesso, nel senso che gli atti censurati devono incidere direttamente sulla proprietà del soggetto ricorrente ovvero, pur senza riguardarla direttamente, devono determinare un significativo decremento del suo valore di mercato o della sua utilità, con la conseguenza che non può, al contrario, ammettersi un generico interesse 'strumentale' alla riedizione dell'attività di pianificazione del territorio comunale, connesso alla semplice qualità di proprietario di un suolo comunque ricadente nel territorio medesimo, ancorché non inciso dagli atti censurati»* (così T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 aprile 2016, n. 1766; in senso conforme cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3744; sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4542; 12 gennaio 2011, n. 133; 28 gennaio 2011, n. 694).

22 Così come accade, del resto, per gli interessi ambientali, categoria entro la quale è riconducibile l'interesse al contenimento del consumo di suolo, come meglio si vedrà nel prosieguo.

23 Secondo l'orientamento maggioritario, l'interesse diffuso-collettivo diviene interesse legittimo tutelabile in giudizio nel momento in cui, indipendentemente dalla sussistenza della personalità giuridica, l'ente dimostra la sua rappresentatività rispetto all'interesse che intende proteggere. Questa rappresentatività viene desunta da una serie di indici: in primo luogo, occorre che lo statuto preveda come fine istituzionale la protezione di un determinato bene a fruizione collettiva, cioè di un dato interesse diffuso o collettivo; occorre poi, in secondo luogo, che, per organizzazione e struttura, l'ente sia in grado di realizzare le proprie finalità ed essere dotato di stabilità, nel senso che deve svolgere all'esterno la propria attività in via continuativa, assumendo l'azione connotazioni tali da creare in capo all'ente una situazione sostanziale meritevole di tutela, al fine di escludere la legittimazione a ricorrere delle c.d. *«associazioni di comodo»*, la cui attività non riflette effettive esigenze collettive;

legittimo²⁴.

L'ordinamento appresta quindi una forma di tutela a questi interessi richiedendo l'interposizione dell'ente. A tale proposito, però, parte della dottrina ha messo in evidenza le criticità del sistema, ritenuto eccessivamente restrittivo. Si è dunque proposta una soluzione diversa, certamente suggestiva ma stravolgente, che partendo dalla rivisitazione della nozione di proprietà pubblica, da intendersi come appartenenza dei beni alla società e non allo Stato quale ente ideale, ricava «*un'architettura rimediale che veda lo Stato responsabile nei confronti dei suoi cittadini, i quali possono agire singolarmente nei suoi confronti per la tutela dell'interesse diffuso sul bene di cui lo Stato è gestore*»²⁵.

Nella fattispecie in esame, l'azione è stata promossa da un'associazione ambientalista, che si è fatta portatrice della pretesa unitamente ad alcuni singoli cittadini²⁶, in relazione ai quali, purtroppo, non è stata trattata la questione della legittimazione ad agire.

occorre, infine, che l'organismo collettivo sia portatore di un interesse localizzato, nella forma di uno stabile collegamento territoriale tra l'area di afferenza dell'attività dell'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa, in applicazione del criterio della c.d. *vicinitas* (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 aprile 2016, n. 378).

24 Nel caso di specie pare trattarsi, ad avviso di chi scrive, di un interesse legittimo di tipo oppositivo, che ha ad oggetto la conservazione del suolo, ovvero un'utilità strumentale alla realizzazione di vari bene vita (ad esempio la salute), tramite l'esercizio legittimo del potere amministrativo (la pianificazione urbanistica).

25 Così D. BONETTO, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali*, in A. QUARTA – M. SPANÒ (a cura di), *op. cit.*, 117, il quale si richiama alla concezione romanista di proprietà pubblica, nella quale la titolarità della *res publicae* sarebbe spettata ai *Populus Romanus Quirites*, ovvero ad una pluralità di individui non riuniti in un ente ideale. Sull'inadeguatezza del sistema attuale si veda a anche M. SPANÒ, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in A. QUARTA – M. SPANÒ (a cura di), *op. cit.*, 143, secondo cui «*La tutela, alla lettera, non può appartenere ad un soggetto (così come esso, alla lettera, non può appartenersi); può solo, anzi deve, individuarlo, autorizzarlo, esporlo e produrlo ogni volta di nuovo. Il mistero dell'actio è custodito e svelato nel medio attraverso cui un soggetto si istituisce (e insieme, come portatore di un diritto soggettivo, si destituisce) e una vita prende la sua forma ogni volta daccapo*».

26 Con riguardo alla posizione die ricorrenti, il Giudice di prime cure ha infatti evidenziato che «*La sussistenza della legittimazione per almeno uno dei ricorrenti esime il Collegio dallo scrutinare le eccezioni sollevate con riferimento a WWF STL Martesana Onlus e ai cittadini che agiscono uti singuli*». Dello stesso avviso si è poi rilevato il Giudice di secondo grado, attesa l'infondatezza del relativo motivo d'appello.

4. Consumo di suolo, urbanizzazione e valutazione ambientale.

La sentenza si connota poi per l'interpretazione che offre al concetto di *urbanizzazione*, invocato nei meccanismi normativi di calcolo del suolo consumabile²⁷. A tali fini, il Consiglio di Stato ha chiarito che per superficie urbanizzata deve intendersi la somma delle superfici esistenti e di quelle programmate con piano attuativo, misurata alla data di adozione dello strumento urbanistico, con espressa esclusione dei parchi urbani e territoriali. Soltanto questi ultimi, infatti, «*non sono interessati dall'azione antropica*», non anche le «*superfici non oggetto di edificazioni private ricomprese nelle aree di trasformazione*». Questa soluzione, contraria a quanto prospettato dal comune in sede di pianificazione al fine di giustificare un consumo di suolo superiore rispetto a quello consentito dalla normativa lombarda, poggia sull'assunto, condivisibile, per cui una porzione di suolo cessa di essere una risorsa da proteggere nel momento stesso in cui diviene potenzialmente edificabile, e quindi soggetta ad un possibile graduale esaurimento.

Dalla lettura della sentenza emerge poi un collegamento profondo tra il consumo di suolo e la tutela dell'ambiente, specie laddove affronta la questione della procedura di Valutazione Ambientale Strategica (VAS) relativa al PGT di Segrate, illegittima per «*omessa considerazione unitaria dell'effetto complessivo (ed eventualmente moltiplicatore) dei progettati interventi*».

Si tratta del concetto di *effetto cumulativo*, elaborato a partire dall'art. 13 del d.lgs. 152/06, che individua nei «*possibili impatti ambientali*» l'oggetto del rapporto ambientale. Nell'utilizzare il termine plurale, si è voluto richiedere, ad avviso del Collegio, «*che venga pronosticato ogni effetto dell'intervento di trasformazione sul territorio, e nel modo più accurato possibile in ossequio al principio di precauzione che permea di sé il diritto europeo e nazionale in materia di protezione ambientale*». L'importanza della precauzione viene poi rimarcata dalla giurisprudenza prevalente, secondo cui tale principio «*fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione*»²⁸.

27 Il cui metodo è stabilito, nel caso concreto, dall'articolo 84 delle NTA del PTCP, il cui comma 2 prevede che ai fini del calcolo del consumo di suolo «*per superficie urbanizzata s'intende la somma delle superfici esistenti e di quelle programmate con piano attuativo – ad uso residenziale, extraresidenziale, per infrastrutture di mobilità, per servizi ed infrastrutture pubbliche urbane, nonché per attrezzature di interesse generale, ad esclusione dei parchi urbani e territoriali – misurata alla data di adozione dello strumento urbanistico*».

28 Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495.

Nel sancire l'illegittimità degli atti adottati dal Comune, finalizzati ad estendere il consumo di suolo (e, quindi, le facoltà edificatorie dei privati), il Collegio si è conformato agli usuali canoni ermeneutici, ed in particolare alla gerarchia dei valori delineata a livello costituzionale, che, come sottolineato dalla costante giurisprudenza²⁹, comporta la prevalenza dell'interesse ambientale rispetto all'interesse economico, benché rilevante.

Il presupposto logico di questo ragionamento – mai esplicitato nella sentenza ma comunque chiaro sin dal principio – è che contenere il consumo di suolo equivale a tutelare l'ambiente. In particolare, emerge la consapevolezza che l'utilizzo accorto di una risorsa naturale esauribile, fondamentale per prevenire e mitigare gli eventi di dissesto idrogeologico e per contribuire ai processi di adattamento ai cambiamenti climatici, possa contribuire a migliorare la qualità della vita umana.

5. Riflessioni conclusive.

La sentenza in rassegna fornisce alcuni spunti di riflessione, da estendere anche ad un livello più generale, considerato che le disposizioni sul consumo di suolo oramai costituiscono una costante di pressoché tutti gli ordinamenti regionali³⁰.

In primo luogo, risulta ridimensionato il potere di pianificazione delle amministrazioni territoriali, tenute ad applicare i criteri stabiliti dalle leggi regionali e a motivare adeguatamente circa le finalità e gli effetti del piano, anche attraverso un espletamento puntuale degli incombeni prescritti dalla procedura di VAS. In questo senso, l'interesse al contenimento del consumo di suolo incide sensibilmente sull'esercizio della discrezionalità urbanistica, potendo essere fatto valere anche attraverso la partecipazione procedimentale, in un'ottica soprattutto deflattiva del contenzioso³¹.

29 Si vedano, in giurisprudenza, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 febbraio 2012, n. 73 e, in dottrina, P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'Ambiente*, Padova, 2013, I, pp. 254 e ss..

30 Cfr. titolo esemplificativo e non esaustivo: art. 1 della l.r. Abruzzo 16/09; art. 1 della l.p. Bolzano 13/97; artt. 1 e 10 della l.r. Calabria 19/02; art. 2, comma 1, lett. a) della l.r. Campania 16/04; art. 7-ter della l.r. Emilia-Romagna 20/00; art. 1, comma 3 della l.r. Friuli-Venezia Giulia 5/07; art. 1 della l.r. Lazio n. 38/99; artt. 1 e 11 della l.r. Marche 22/11; art. 2, comma 3, lett. a) della l.r. Liguria 36/97; art. 1, comma 1, n. 4) della l.r. Piemonte 56/77; art. 3, comma 4 della l.r. Toscana 1/05; art. 1. della l.r. Valle d'Aosta 11/98.

31 La questione può essere intesa anche in termini opposti rispetto a quelli della vicenda al centro della sentenza 2921/16, come ad esempio nell'ipotesi in cui un privato si opponga alle scelte pianificatorie presentando delle osservazioni per ottenere un regime più favorevole. In tal caso, l'amministrazione procedente ben potrà richiamarsi alle preminenti finalità

Se i margini della potestà discrezionale in materia urbanistica paiono restringersi, potrebbero ampliarsi quelli del sindacato giudiziale, cui spetta la verifica sul rispetto degli obiettivi legislativi di contenimento del consumo di suolo e, quindi, sull'effettività delle prescrizioni adottate in sede di pianificazione.

Da tutto ciò può desumersi la sostanziale adeguatezza del sistema vigente, che ritaglia ampio spazio agli ordinamenti territoriali in punto di determinazione del suolo consumabile. In questo senso, il disegno di legge al vaglio del Parlamento si pone in controtendenza, poiché vorrebbe introdurre dei limiti in via assoluta e generalizzata, onde pervenire alla riduzione progressiva, in termini quantitativi e vincolanti, del consumo di suolo a livello nazionale³².

Il rischio è che vengano esautorate le prerogative degli enti locali, attraverso una progressiva riduzione della loro autonomia decisionale. La disciplina legislativa, sebbene configurabile in termini di *principio* nell'ambito della materia del *governo del territorio*, potrebbe porsi in contrasto col decentramento delle funzioni amministrative stabilito dal principio di sussidiarietà.

Senza tenere conto, poi, delle disparità che il più delle volte vengono ingenerate dalle imposizioni che provengono dal governo centrale, divenute oramai una costante nei periodi di crisi, nei quali si avverte una forte diffidenza se non più propriamente sfiducia nei confronti degli amministratori locali, ritenuti incapaci di soddisfare l'interesse generale³³.

Soluzioni alternative potrebbero ricercarsi sotto il profilo degli incentivi

di contenimento del consumo di suolo per rigettare le pretese avanzate dal proprietario.

32 Occorre precisare che questi limiti sono mitigati dalla possibilità di compensare il consumo di suolo con un equivalente recupero di superfici precedentemente impermeabilizzate e sono stabiliti mediante le forme della concertazione istituzionale. Sul punto si richiama l'art. 3, co. 1, ai sensi del quale «*Con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, tenuto conto della deliberazione di cui al comma 2 e dei dati resi disponibili ai sensi del comma 3, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, di seguito denominata «Conferenza unificata», e sentiti gli enti di cui al comma 7 del presente articolo, in coerenza con gli obiettivi stabiliti dall'Unione europea circa il traguardo del consumo di suolo pari a zero da raggiungere entro il 2050, è definita la riduzione progressiva vincolante, in termini quantitativi, del consumo di suolo a livello nazionale»*

33 Sia richiamato, in via analogica, il blocco delle assunzioni per le regioni e gli enti locali interessati dal patto di stabilità interno, introdotto prima dall'art. 3, co. 5 del d.l. 90/14, convertito con l. 114/14, e poi rivisto dall'art. 1, co. 228 della l. 208/15 (legge di stabilità per il 2016).

economici, sia per gli enti locali sia per i proprietari, così da creare le condizioni per un nuovo mercato della rigenerazione urbana³⁴, che possa sostituirsi o almeno integrarsi a quello tradizionale dell'edilizia privata, non più sostenibile alla luce degli ambiziosi obiettivi di contenimento del consumo di suolo.

Per i privati, soluzioni efficaci potrebbero essere la previsione di sgravi fiscali, come è stato sperimentato – peraltro con successo – in altri settori dell'edilizia, e l'imposizione del divieto di mutamento di destinazione d'uso per i suoli agricoli in relazione ai quali sono stati erogati finanziamenti pubblici.

Un'altra iniziativa utile potrebbe consistere nel ripristino del vincolo di destinazione degli oneri di urbanizzazione, previsto dalla legge Bucalossi e rimosso negli anni seguenti³⁵. In origine, infatti, gli oneri dovevano essere utilizzati per determinate finalità, tutte inerenti alla gestione del territorio. Questo vincolo è stato abolito dal T.U. Edilizia, nell'ottica di rafforzare l'autonomia degli enti locali, i quali, nondimeno, sono stati indotti ad utilizzare questi fondi per risanare i bilanci e continuare ad erogare servizi pubblici. Reintroducendo questo vincolo, i comuni potrebbero essere meno attratti dagli investimenti immobiliari sul proprio territorio e quindi apparire più forti dinanzi agli operatori privati³⁶.

Il combinarsi di questi fattori potrebbe consolidare l'attuale sistema che, pur essendo caratterizzato dal sovrapporsi di più livelli decisionali, appare comunque in grado di adeguarsi alle peculiarità del territorio ed alle esigenze della collettività. Tali elementi, per la loro intrinseca variabilità, non possono essere soltanto oggetto di considerazione unitaria a livello statale, ma necessitano di essere valutati e temperati dagli apparati amministrativi alla luce del concreto interesse locale.

Cionondimeno, per alcune voci critiche³⁷, questa flessibilità del sistema

34 Sulla falsariga di quanto avvenuto, nel recente passato, per le energie rinnovabili con l'art. 24 del d.lgs. 28/2011.

35 L'art. 12 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 stabiliva che «I proventi delle concessioni e delle sanzioni di cui agli articoli 15 e 18 sono versati in conto corrente vincolato presso la tesoreria del comune e sono destinati alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, al risanamento di complessi edilizi compresi nei centri storici, all'acquisizione delle aree da espropriare per la realizzazione dei programmi pluriennali di cui all'articolo 13, nonché [nel termine massimo del 30 per cento] a spese di manutenzione ordinaria del patrimonio comunale». Tale articolo è stato abrogato dall'art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.U. Edilizia).

36 In questa direzione va dunque apprezzato il disegno di legge, che all'art. 10 reintroduce tale vincolo, rafforzandolo.

37 Sia citato P. MADDALENA, *Il consumo di suolo e la mistificazione del ius aedificandi*,

si tramuta in un elemento di fragilità, a cui porre rimedio attraverso l'introduzione di vincoli legislativi e la conseguente riduzione dell'ambito di apprezzamento delle amministrazioni locali. Solo per questa via, infatti, si ritiene che si possa proteggere in modo efficace una risorsa non riproducibile, mettendola così al riparo da eventuali pregiudizi cui altrimenti sarebbe esposta se la cura di tale bene fosse completamente rimessa alla pubblica amministrazione.

cit., p. 108, secondo cui, oggi, non è più possibile interpretare il problema in termini di "limitazione", ma è diventato ineluttabile parlare della cosiddetta "opzione zero nel consumo di suolo".

FRANCESCO MATALUNI

La riqualificazione della posizione giuridica soggettiva degli utenti dei servizi pubblici e l'importanza degli erogatori: limiti e contro limiti alle diverse esigenze in gioco.

Sommario: 1. L'evoluzione della posizione giuridica del fruitore dei servizi pubblici. – 1.1. La posizione del fruitore di servizi pubblici nel regime tradizionale. – 1.2. La posizione del fruitore di servizi pubblici nel regime contemporaneo. – 1.3. L'interesse degli utenti quale interesse legittimo. – 2. La nuova qualificazione della posizione giuridica soggettiva degli utenti dei servizi pubblici. – 2.1. La nuova qualificazione dell'interesse protetto degli utenti. – 2.2. Il carattere "omogeneo" della posizione giuridica soggettiva degli utenti del servizio pubblico. – 2.3. La differenziazione dell'interesse degli utenti del servizio pubblico. – 3. I limiti alla posizione giuridica degli utenti in nome degli interessi degli erogatori dei servizi pubblici. – 3.1. Il contrasto fra la posizione degli utenti e quella degli erogatori dei servizi pubblici. – 3.2. Il ruolo di bilanciamento delle Autorità Pubbliche. – 4. I limiti alla attività imprenditoriale degli erogatori in nome degli interessi degli utenti dei servizi pubblici.

1. L'evoluzione della posizione giuridica del fruitore dei servizi pubblici.

Il tema dei fruitori dei servizi pubblici è un argomento al contempo complesso e delicato nonché di fondamentale importanza, in quanto attiene a quei servizi che mirano a soddisfare le "*esigenze fondamentali della collettività*" e che, pertanto, devono necessariamente evolversi con queste¹.

1 G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, Laterza, 2011, 131. Tra i servizi pubblici tradizionali e più importanti, si possono

L'utilizzo del termine "fruitore" non è casuale, ma è dovuto al fatto che la posizione di coloro che utilizzano i servizi pubblici è andata evolvendosi nel corso degli anni. Non è semplice, quindi, fornire una definizione unica e univoca per inquadrare adeguatamente tale figura, soprattutto se la si vuole descrivere nella sua evoluzione storica. Il termine "fruitore" è neutrale e permette di individuare la categoria di soggetti di cui si vuole trattare, senza, per questo, doverla delineare nei dettagli.

L'evoluzione della posizione giuridica dei fruitori dei servizi pubblici si è accompagnata a quella del relativo settore nonché, contestualmente, a quella delle Pubbliche Amministrazioni. In tal senso, la prima è stata un elemento inserito all'interno di quel lungo processo di sviluppo che ha portato alla nascita della c.d. Amministrazione di risultato, nella quale ciò che rileva non è solo (e non tanto) il rispetto formale della legge, quanto il reale perseguimento e l'effettivo raggiungimento di determinati obiettivi concreti.

Per ciò che attiene al settore dei servizi pubblici, si è passati da un'Amministrazione interessata a fornire un servizio conforme alla legge, a una che riconosce maggiore importanza all'esigenza degli utenti di ottenere un servizio di qualità.

È necessario, pertanto, fare una breve premessa relativa all'evoluzione storica di tale posizione giuridica che si è andata realizzando nel corso degli anni. Evoluzione che ha portato l'interesse degli utenti a usufruire di un servizio pubblico di qualità dall'essere considerato quale interesse semplice e di mero fatto (pertanto, non meritevole di tutela), fino al divenire un interesse giuridicamente qualificato e riconosciuto dall'ordinamento.

1.1. La posizione del fruitore di servizi pubblici nel regime tradizionale.

Dalla nascita del Regno d'Italia fino alla seconda metà del secolo scorso, il sistema di gestione dei servizi pubblici era caratterizzato da due elementi essenziali: da un lato, vi era la riserva o esclusiva del settore, dall'altro, la gestione pubblica dei servizi. Durante questo periodo storico, dunque, si era affermato il c.d. regime tradizionale di erogazione dei servizi pubblici², nel quale lo svolgimento dell'attività di erogazione dei servizi pubblici era riservata per legge alla Pubblica Amministrazione, in un regime di monopolio inaccessibile alla libera iniziativa economica privata.

In tale contesto storico, il fruitore dei servizi pubblici era considerato tito-

ricordare i trasporti di linea, le telecomunicazioni, i servizi postali, quelli di produzione e somministrazione delle energie. Ciò non toglie che ne esistano degli altri che ne possano nascere di nuovi.

2 L'espressione utilizzata è ripresa da G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, Laterza, 2011, 131-134.

lare di interessi di mero fatto, che erano destinati a essere sacrificati in nome degli interessi superiori di cui era portatrice la Pubblica Amministrazione. Paradossalmente, in un regime pubblicistico di gestione dei servizi pubblici, la posizione del fruitore non era tenuta in grande considerazione.

Il vecchio sistema del regime tradizionale, dunque, si fondava sulla presunzione (evidentemente errata) che la natura pubblica del gestore fosse di per sé idonea ad assicurare un'adeguata tutela dei fruitori. Pertanto, si prestava una protezione dei fruitori di stampo meramente formalistico, non effettiva né concreta. Proprio la natura pubblica dell'erogatore era, se non la causa principale, una delle cause principali di limitazione delle tutele a favore dei fruitori, le quali finivano con l'essere, di fatto, condizionate in nome dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione erogatrice e, dunque, dalle esigenze di cui questa si faceva portatrice³.

Problematiche di questo tipo sono state alcune delle cause che hanno favorito la riforma del settore dei servizi pubblici nel corso del Novecento, che è stata sospinta anche dalla volontà di assicurare una maggiore e una migliore tutela dei fruitori⁴.

1.2. La posizione del fruitore di servizi pubblici nel regime contemporaneo.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, il settore dei servizi pubblici ha assistito a una radicale trasformazione caratterizzata dall'avvento di due fenomeni: le liberalizzazioni e le privatizzazioni. Da un lato, dunque, i mercati dei servizi pubblici sono stati aperti all'ingresso di operatori economici privati; dall'altro, si è avuto il “*trasferimento di «diritti di proprietà e di controllo»*” che le Pubbliche Amministrazioni vantavano sugli erogatori di servizi pubblici nel regime tradizionale⁵.

3 Fra le ragioni alla base della scelta a favore di un regime pubblicistico di gestione dei servizi pubblici, vi erano certamente quelle riconnesse al c.d. governo dell'economia da parte dello Stato (es. pianificazione economica, entrate straordinarie, ecc.). Queste stesse ragioni, al contempo, fungevano altresì da limite al pieno sviluppo delle tutele dei fruitori e, di fatto, condizionavano la mancata realizzazione della soddisfazione del loro interesse, in nome di altri di natura pubblica.

4 Non a caso, nel corso del procedimento di liberalizzazione e privatizzazione dei settori dei servizi pubblici, sono intervenute, dapprima, la l. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici e, in seguito, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27.01.1994, intitolata “*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*” (c.d. Direttiva Ciampi). Entrambi i provvedimenti normativi definiscono i servizi pubblici quali “*quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati*”.

5 S. TRENTO, *Privatizzare le aziende pubbliche locali: perché e come*, in V. TERMINI (a cura di), *Dai municipi all'Europa: la trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna,

Questa rivoluzione del settore ha condotto alla radicale trasformazione delle Pubbliche Amministrazioni e, in particolare, del modo in cui queste si rapportano al mondo dei servizi pubblici. Sebbene con tempistiche diverse, infatti, si è assistito al passaggio dal modello del c.d. Stato gestore⁶ (che, direttamente o indirettamente, eroga i servizi pubblici), a quello del c.d. Stato regolatore⁷ (che, abbandonata l'attività di produzione e distribuzione dei servizi, si limita a regolarizzarne i mercati). Si afferma, in altri termini, il c.d. regime contemporaneo di gestione dei servizi pubblici⁸.

In tale contesto, a seguito dell'avvento delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, anche la figura dei fruitori ha subito un netto cambiamento tanto che questi sono divenuti quelli che, oggi, possono essere ben definiti come utenti⁹. Il Legislatore, di conseguenza, ha tentato di aumentare e migliorare gli strumenti di tutela a favore dei fruitori. In questo modo, gli utenti sono divenuti titolari di un interesse legittimo connesso alla corretta erogazione dei servizi pubblici, vale a dire una posizione soggettiva non più di mero fatto, ma considerata meritevole di tutela.

1.3. L'interesse degli utenti quale interesse legittimo.

L'interesse legittimo, di cui gli utenti sono divenuti titolari, può essere considerato come *“una situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita”*¹⁰.

La posizione degli utenti può essere considerata come un interesse legittimo poiché il servizio pubblico cui si rapportano è configurabile come esercizio di un'attività amministrativa. L'erogazione dello stesso, infatti, risponde, o dovrebbe rispondere, ad esigenze di diritto pubblico, che vanno oltre gli interessi del singolo individualmente considerato, e, dunque, dovrebbe es-

Il Mulino, 2004, 278.

6 Tipico del regime tradizionale di gestione dei servizi pubblici.

7 Elemento caratterizzante il regime contemporaneo di gestione dei servizi pubblici.

8 La definizione di regime contemporaneo, al pari della precedente, è solamente indicativa ed è utilizzata per far riferimento, anche questa, a un fenomeno complesso con molteplici sfaccettature, che è andato evolvendosi nel corso di diversi decenni e che è ancora in fase di piena attuazione.

9 Cfr. R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?*, Prefazione a G. CITRONI, N. GIANNELLI e A. LIPPI (a cura di), *Chi governa l'acqua?*, Catanzaro, Rubbettino, 2008.

10 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 129.

sere riconnessa all'esercizio di un'attività amministrativa, cui corrisponde l'interesse legittimo del destinatario.

In particolare, quello degli utenti è un interesse legittimo di tipo pretensivo: l'utente vanta una pretesa nei confronti dell'Amministrazione e dell'erogatore del servizio pubblico affinché sia assicurato il rispetto dell'impegno assunto alla garanzia di un determinato livello qualitativo delle prestazioni erogate. Tale impegno, però, non pare tradursi in un vero e proprio obbligo per l'erogatore o, comunque, si pone al di fuori di un rapporto sinallagmatico in senso tecnico¹¹. A tal fine, l'utente deve potere agire in giudizio per ottenere una piena soddisfazione della propria pretesa, che si realizza attraverso un intervento attivo dell'Amministrazione e/o dell'erogatore, a seconda del caso concreto¹².

2. La nuova qualificazione della posizione giuridica soggettiva degli utenti dei servizi pubblici.

L'avvento del c.d. regime contemporaneo ha reso possibile la trasformazione della posizione dei fruitori da interesse di mero fatto a interesse legittimo. Tale posizione, tuttavia, non è sufficiente ad assicurare un'adeguata soddisfazione delle esigenze di cui è portatore l'utente contemporaneo, il quale necessita di una maggiore attenzione da parte dell'ordinamento giuridico. In particolare, a questi andrebbe riconosciuta una maggiore possibilità

11 In tal senso, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012, 213; F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in www.federalismi.it, 2, 2009.

12 Per completezza, peraltro, è bene precisare che parte della dottrina non condivide quanto appena esposto. Non manca, infatti, chi afferma che, grazie all'introduzione dell'azione per l'efficienza, le prestazioni contenute nella Carte dei Servizi sono divenuti "veri e propri obblighi dei gestori" che possono essere oggetto di una legittima pretesa degli utenti, "ormai titolari di diritti soggettivi al loro rispetto" (C. DEODATO e M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per l'efficienza dell'Amministrazione*, Roma, Nel Diritto Editore, 2010, 26). Non manca, quindi, chi sostiene che la posizione giuridica soggettiva degli utenti possa essere ricostruita addirittura come un diritto soggettivo pieno, costituzionalmente garantito e realizzato dalla corretta erogazione del servizio pubblico (R. RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, CEDAM, 2011, 92). Questa teoria si fonda sulla natura del servizio pubblico che è finalizzato a perseguire scopi di utilità sociale. In questo modo, si può giungere anche ad affermare che, sebbene vi sia in gioco un diritto soggettivo, ciò non toglie che il settore in esame non sia sottoponibile per intero e in via esclusiva alla disciplina di diritto privato, essendo comunque necessario salvaguardare la componente pubblicistica che necessariamente lo caratterizza.

di partecipare concretamente alla “vita” dei servizi pubblici, tanto nella fase a monte (programmazione, definizione dei contenuti, scelte organizzative) quanto nella fase a valle (concreta esecuzione del servizio, verifica della qualità dell'erogazione, valutazione della soddisfazione dei singoli utenti).

Per fare tutto ciò, è necessario, in via preliminare, riqualificare la posizione giuridica dell'utente. Troppo spesso, è accaduto che, con riferimento agli utenti dei servizi pubblici, ci si sia concentrati esclusivamente sulla posizione del singolo tralasciando gli aspetti “collettivi” di tale figura oppure, al contrario, si è data eccessiva importanza alla collettività degli utenti, con il rischio di vanificare gli strumenti di tutela riconosciuti in capo a ciascuno di questi.

Da un lato, quindi, si corre il rischio di identificare l'utente con il consumatore e, dall'altro, si finisce col riconoscere in capo al singolo utente interessi di mero fatto, che non possono essere fatti valere in giudizio né fuori di questo in quanto non giuridicamente tutelati dall'ordinamento.

2.1. La nuova qualificazione dell'interesse protetto degli utenti.

Fermo restando quanto detto finora, la figura dell'interesse legittimo, per quanto appaia come la più adeguata a qualificare la posizione giuridica soggettiva degli utenti, non è pienamente confacente alle esigenze di tutela di questi. Quella dell'interesse legittimo, infatti, rimane pur sempre una situazione giuridica a carattere meramente individuale che male si adatta ad inquadrare una posizione come quella degli utenti che, come si avrà modo di dire, mantiene invece un carattere extraindividuale.

Non si può negare che, quando si parla di servizi pubblici e di tutela degli utenti, si deve prendere sempre in considerazione sia l'individuo sia la collettività di cui il primo fa parte. È necessario, allora, che la figura dell'interesse legittimo si evolva per adattarsi a tali esigenze. In particolare, per inquadrare correttamente la posizione giuridica degli utenti sembra opportuno riconoscere all'interesse degli utenti un carattere plurimo – proprio della collettività cui si riferisce – ma senza far venire meno la sua natura individuale in capo ai singoli che di questa collettività fanno parte.

Questo perché l'interesse degli utenti a un servizio pubblico efficiente non può essere limitato a una posizione giuridica meramente individuale. È evidente, infatti, che l'intera collettività di utenti vanta un'analoga esigenza a usufruire di un servizio pubblico efficiente e di qualità. L'interesse, dunque, non fa capo solo al singolo utente, ma è omogeneo a tutti coloro che fanno parte della collettività di riferimento. Al contempo, tuttavia, non si può prescindere dal carattere individualistico dell'interesse, altrimenti si corre il rischio di identificarlo come un interesse diffuso che priverebbe i suoi titolari della legittimazione di agire in giudizio per tutelarlo, se non nei

casi eccezionali e straordinari espressamente previsti dal Legislatore.

Questa nuova tipologia di interesse può essere qualificata come un “*interesse legittimo isomorfo*”, già emerso in dottrina, in particolare a seguito dell’introduzione dell’azione per l’efficienza di cui al d.lgs. 20.12.2009, n. 198¹³. Tale interesse gode di una dimensione sopraindividuale in senso stretto poiché non è da considerarsi quale una semplice sommatoria di interessi individuali isolati, bensì è un interesse che si differenzia da questi e ha ad oggetto un comune bene della vita (l’efficienza e la qualità del servizio pubblico), analogo e omogeneo per l’intera categoria di utenti. È un interesse individuale a dimensione collettiva, comune alla pluralità di utenti che compongono la collettività di riferimento, ognuno dei quali, però, rimane pur sempre titolare di una situazione giuridica soggettiva individuale¹⁴.

L’interesse degli utenti, così individuato, ha ad oggetto l’efficienza dell’Amministrazione, *rectius* degli erogatori dei servizi pubblici, che assicuri una elevata qualità degli stessi. La pretesa sostanziale che è alla base dell’interesse giuridico degli utenti è l’efficientamento del servizio pubblico di cui usufruiscono, il quale passa necessariamente attraverso l’efficientamento degli erogatori che lo prestano.

2.2. Il carattere “omogeneo” della posizione giuridica soggettiva degli utenti del servizio pubblico.

L’interesse individuale isomorfo, pertanto, si caratterizza perché riguarda interessi che rimangono pur sempre individuali in capo ai singoli soggetti, gli utenti, che compongono la collettività di riferimento, però sono analoghi a tutti questi. Inoltre, vero è che hanno ad oggetto un bene della vita comune a tutti i soggetti interessati, però, al contempo, questo bene è idoneo anche a

13 Cfr., *ex multis*, C. CACCIAVILLANI, *Sull’azione per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in GiustAmm.it, 2011; M. CLARICH, *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, Facoltà di Giurisprudenza, LUISS “Guido Carli”, a.a. 2009-2010, in www.luiss.it; M. CONDELLO, *La Class Action Pubblica*, in www.foroeuro-geo.it, 2010; C. CUDIA, *Il ricorso per l’efficienza delle amministrazioni: l’interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull’individuo* (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), in GiustAmm.it, 2011; G. FIDONE G., *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Torino, Giappichelli, 2012.

14 Si consideri che l’oggetto dell’interesse degli utenti consiste nel poter usufruire di servizi pubblici di qualità ed erogati in maniera efficiente. Un simile bene coincide in maniera tendenzialmente analoga in capo a ciascun componente la categoria degli utenti di riferimento. Ciò non toglie, però, che, sebbene tutti gli utenti usufruiscano del servizio, ognuno lo fa in maniera individuale, godendone in modo esclusivo per i propri bisogni e senza che ciò possa pregiudicare la posizione degli altri utenti suoi pari.

essere goduto esclusivamente da ciascuno di questi poiché si scinde in capo ad ognuno di loro al fine di soddisfare le loro singole esigenze individuali¹⁵.

Secondo quanto detto, in altri termini, il singolo utente agisce per un proprio interesse, di cui è titolare, al fine di soddisfare la propria esigenza personale di usufruire di un servizio pubblico di qualità. Tale esigenza, tuttavia, è analoga a quella degli altri utenti, i quali vengono pregiudicati nel loro interesse allo stesso modo, qualora si verificano inefficienze nell'erogazione del servizio pubblico.

In tal caso, dunque, l'omogeneità non sta a indicare che gli interessi dei singoli utenti sono identici né uguali fra di loro, ma che questi sono più che altro affini¹⁶. Questa omogeneità di interessi, in altri termini, non deve essere ricercata nei loro contenuti essenziali, bensì in riferimento al rapporto giuridico al quale essi sono collegati. Si pensi, ad esempio, al caso degli interessi degli utenti lesi dalla medesima interruzione di energia elettrica.

Gli interessi degli utenti sono omogenei fra loro in quanto derivano tutti da una pluralità di rapporti analoghi che i singoli utenti hanno con gli erogatori dei servizi pubblici, i quali rischiano di essere pregiudicati dal medesimo comportamento tenuto da questi nell'attività di prestazione del servizio stesso. L'omogeneità, tuttavia, non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione della posizione giuridica soggettiva di cui è titolare l'utente, la quale rimane un interesse legittimo individuale¹⁷.

In sintesi, si può dire che l'interesse dell'utente è un interesse individuale il quale, tuttavia, viene a interagire con un'attività che, per sua stessa natura, ha carattere plurisoggettivo perché è rivolta a una pluralità di soggetti. Pertanto, anche le inefficienze, i malfunzionamenti e, più in generale, la scarsa qualità dell'erogazione del servizio pubblico vanno a pregiudicare non solo la posizione del singolo utente, che non può usufruire del servizio, ma anche quella degli altri utenti che si trovano nelle sue stesse condizioni.

15 Si pensi, ad esempio, al caso di un'impresa che, con la medesima pratica commerciale ingannevole, ha condotto più consumatori, allo stesso tempo e allo stesso modo, a concludere contratti analoghi (Cfr. R. CAPONI, *Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali*, in A. BELLELLI (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, Padova, CEDAM, 2009, 139).

16 Con riferimento all'azione per l'efficienza, così si esprimono M. CONDELLO, *La Class Action Pubblica*”, in www.foroeuropeo.it, 2010); C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo* (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), in *GiustAmm.it*, 2011; C. DEODATO e M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per l'efficienza dell'Amministrazione*, Roma, Nel Diritto Editore, 2010.

17 In tal senso, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012, 221.

Si deve garantire, quindi, che l'azione con cui il singolo mira a superare il malfunzionamento lamentato sia finalizzata, in ultima analisi, ad assicurare un intervento sull'erogatore al fine di risolvere l'inefficienza riscontrata e, così, riparare anche i pregiudizi degli altri utenti nonché prevenire la realizzazione di ulteriori lesioni. Per questo, alla natura individuale dell'interesse deve necessariamente affiancarsi il riconoscimento di una natura anche collettiva e plurindividuale¹⁸.

2.3. La differenziazione dell'interesse degli utenti del servizio pubblico.

Il carattere sopraindividuale dell'interesse degli utenti non deve pregiudicare la sua natura differenziata, essenziale per assicurare agli stessi un'adeguata protezione giuridica. In altri termini, si deve garantire che l'interesse in esame non possa essere vantato da chiunque, ma solo da chi rientra nella categoria di utenti di riferimento. Solo un interesse qualificato e anche differenziato, infatti, è considerato meritevole di tutela da parte del nostro ordinamento e può essere fatto valere da coloro che ne sono titolari nei confronti di altri soggetti, in giudizio e fuori.

Affinché un interesse possa considerarsi differenziato, è necessario che ne sia titolare un individuo o, almeno, una pluralità definita e individuabile di questi, che si differenzino dalla generalità dei cittadini. A tal fine, si potrebbe fare riferimento al criterio della "*vicinitas*", tenendo conto, dunque, del rapporto che viene a crearsi fra il servizio pubblico, gli operatori che lo erogano, gli utenti che ne usufruiscono e, soprattutto, l'ambito territoriale nel quale il servizio stesso viene prestato.

Un servizio pubblico, infatti, è finalizzato a soddisfare le esigenze e i bisogni di un insieme di utenti che sono stabiliti su un determinato territorio. È su questo che l'operatore economico svolge la propria attività di erogazione del servizio agli utenti. In questo modo, è possibile differenziare l'interesse analogo degli utenti presenti sul territorio da quello di altri soggetti che, sebbene

18 Con riferimento specifico all'azione per l'efficienza, si può dire che gli interessi di coloro che la propongono sono individuali, però "*a causa della natura plurisoggettiva degli atti che li toccano o della natura generale della disfunzione che caratterizza l'azione lesiva, sono oggettivamente rilevanti per una pluralità di amministrati, di guisa che il singolo ... [agisce] ... affinché, per il futuro, il comportamento virtuoso venga ristabilito*" (G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in LexItalia.it, 2010). È interessante rilevare che l'Autore, in realtà, conclude la sua tesi affermando la natura di interesse diffuso di quello alla base dell'azione per l'efficienza, tanto da ritenere il ricorrente come una sorta di rappresentante della categoria alla quale appartiene. Si tratta di conclusioni diverse da quelle esposte nel testo, nel quale si è scartata a priori l'ipotesi di configurare l'interesse degli utenti come interesse diffuso.

interessati occasionalmente a usufruire del medesimo servizio, non possono vantare pretese analoghe a coloro cui lo stesso è specificamente diretto.

L'interesse tutelato, pertanto, riesce, in questo modo, a mantenere al contempo sia una dimensione individuale in capo al singolo utente sia una dimensione plurima poiché è analogo a tutti gli utenti interessati sia ancora differenziata poiché fa capo solo a quegli utenti individuati in maniera specifica sotto il profilo territoriale¹⁹.

Pertanto, la categoria di utenti titolari dell'interesse a un servizio di qualità non coincide con quella di chiunque, anche occasionalmente o solo potenzialmente, potrebbe usufruire di quel determinato servizio, bensì con l'insieme degli utenti stabilmente collegati col territorio di riferimento, che costantemente ne usufruiscono.

3. I limiti alla posizione giuridica degli utenti in nome degli interessi degli erogatori dei servizi pubblici.

Per una completa analisi del settore dei servizi pubblici è necessario studiare non solo la posizione giuridica degli utenti, ma anche quelle degli altri attori con cui questi interagiscono. Si fa riferimento, in particolare, agli erogatori dei servizi pubblici, le cui esigenze fungono da limite agli interessi degli utenti.

Vero è che, ad avviso di chi scrive, gli interessi dell'impresa che eroga il servizio pubblico devono essere subordinati a quelli propri degli utenti, tuttavia, è altrettanto vero che non è possibile permettere agli utenti di imporsi in maniera autoritaria sugli erogatori. Laddove, la soddisfazione delle esigenze degli utenti potrebbe portare a pregiudizi eccessivi per gli erogatori dei servizi pubblici, allora sarebbe necessario un intervento pubblico volto a garantire l'adeguata soddisfazione degli interessi di tutti i cittadini, sia utenti sia erogatori. Questi ultimi e le loro esigenze, in altri termini, possono fungere da limite alla piena soddisfazione degli interessi degli utenti.

Non a caso, la Corte Costituzionale definisce i diritti degli utenti come "*diritti finanziariamente condizionati*"²⁰. Ciò significa che, sebbene non si voglia eliminare il riconoscimento giuridico di determinati interessi concreti, il solo fatto che gli stessi siano contemplati dalle disposizioni costituzionali non determina automaticamente la possibilità che siano oggetto di una legittima pretesa tutela dall'ordinamento giuridico²¹.

19 Per un supporto giurisprudenziale di quanto detto, sia consentito richiamare, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, II, 31.07.2014, n. 8433; CdS, IV, 17.09.2013 n. 4635; Id., V, 2.03.2000, n. 1075

20 Cfr., *ex multis*, Corte Costituzionale, 17.07.1998, n. 267; Id., 16.10.1990, n. 455.

21 In tal senso, si vedano R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servi-*

3.1. *Il contrasto fra la posizione degli utenti e quella degli erogatori dei servizi pubblici.*

Il settore dei servizi pubblici si caratterizza per il conflitto sussistente fra gli erogatori e gli utenti, tanto che la regolazione del settore si pone l'obiettivo di evitare o, per lo meno, limitare tale contrasto²².

Anche a livello europeo emerge questa “duplice rilevanza” dei servizi pubblici, alla base del contrasto fra soggetti con esigenze e interessi divergenti fra loro²³. I servizi pubblici, infatti, da un lato, hanno una rilevanza economica in quanto sono un'attività con fini di lucro per gli erogatori privati. Dall'altro lato, i servizi pubblici perseguono obiettivi di carattere sociale, vale a dire soddisfare i bisogni più essenziali degli utenti²⁴.

Questa situazione, dunque, è riconnessa alla tensione che si viene a creare nei mercati dei servizi pubblici fra le diverse esigenze in gioco: quelle degli utenti, intenzionati a ottenere l'erogazione di un servizio pubblico di qualità e quelle economiche degli erogatori, connesse ai costi e ai ricavi del servizio. Viene a crearsi una “ideale tensione tra apertura alla concorrenza, universalità del servizio e sostenibilità (economica) dell'amministrazione”²⁵. Da un lato, il servizio pubblico deve soddisfare i bisogni degli utenti, dall'altro, deve anche assicurare profitti per le imprese erogatrici²⁶.

È evidente, allora, che la tutela dell'utente del servizio pubblico non può essere realizzata in maniera “astratta” né può essere privilegiata “irrazionalmente”, cioè senza che sia garantita un'attenta protezione degli altri in-

zio pubblico locale, Torino, Giappichelli, 1998; R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *Doveri, obblighi ed obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA e A. ROSSI, *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 13; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pub.*, vol. XIII, Milano, Utet, 1995, 513 e segg.

22 Analogamente, si veda A.M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel Codice del Consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, in *Politica del Diritto*, 3/2007, 463.

23 Così E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008.

24 Sulla duplice rilevanza del servizio pubblico, si veda anche C. FELIZIANI, *Il servizio pubblico verso la (ri)scoperta dei principi di adeguatezza, differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2015, 852.

25 Cfr. C. FELIZIANI, *Il servizio pubblico verso la (ri)scoperta dei principi di adeguatezza, differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2015, 855.

26 La stessa Corte Costituzionale sottolinea da tempo tali aspetti. Cfr. Corte Costituzionale, 10.07.1975, n. 200.

teressi in gioco, quali sono quelli degli erogatori, con una “*mediazione concreta*” fra questi²⁷.

Ciò significa che, per un verso, gli erogatori privati, facendo propri alcuni modi di operare e alcune regole delle Pubbliche Amministrazioni²⁸, devono essere consapevoli di esercitare un’attività non meramente privata, ma che ha finalità pubbliche²⁹. Per altro verso, le esigenze degli erogatori non possono essere sacrificate del tutto, ma devono essere adeguatamente bilanciate, anche a livello legislativo, con quelle degli utenti, in nome anche del principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 della Costituzione³⁰.

In ogni caso, si tratta di un bilanciamento non facile e che, soprattutto, non può essere realizzato in astratto poiché necessita di una costante comparazione con il caso concreto³¹. Tale arduo compito è affidato alle Pubbliche Amministrazioni.

3.2. Il ruolo di bilanciamento delle Autorità Pubbliche.

Nel corso degli anni, il ruolo dei soggetti pubblici coinvolti all’interno del settore dei servizi pubblici è andato modificandosi. Da enti direttamente o indirettamente gestori dei servizi nel del c.d. regime tradizionale, sono divenuti garanti e regolatori dei mercati liberalizzati e privatizzati nel c.d. regime contemporaneo.

La presenza delle Pubbliche Amministrazioni costituisce, dunque, il *fil rouge* del settore dei servizi pubblici poiché questi sono un’attività caratterizzata

27 Si richiama quanto affermato da E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell’ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 60.

28 Cfr. F. GIGLIONI e S. LARICIA, *Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa*, in *Agg. IV*, 2000.

29 Come “*l’amministrazione si fa società*”, al pari “*la società si fa Stato*” (M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980).

30 In questo senso, v. E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell’ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 61. Il problema al riguardo è capire cosa è ragionevole e chi è chiamato a definire come ragionevole le decisioni riguardanti il bilanciamento fra utenti ed erogatori.

31 Non è un caso che, di recente, il Tar Lazio di Roma abbia rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la disciplina del servizio universale postale, al fine di verificare la correttezza della normativa italiana nella parte in cui concede di ridurre le garanzie degli utenti in nome di esigenze finanziarie e gestionali degli operatori economici. In altri termini, il Tar Lazio chiede in che modo bilanciare, nel caso concreto, i bisogni degli utenti e quelli degli erogatori privati (v. Tar Lazio, Roma, I, ordinanza 29.04.2016, n. 4882).

da una certa “*pertinenza istituzionale*” in capo al soggetto pubblico³². Oggi, regolano i mercati dei servizi pubblici, con l’obiettivo di realizzare, per quanto possibile, la soddisfazione di tutti gli interessi in gioco, attraverso il bilanciamento di quelli in contrasto e tentando di evitare sacrifici sproporzionati per le esigenze dei soggetti interessati³³.

L’interesse pubblico primario perseguito nel settore dei servizi pubblici, tuttavia, coincide con quello degli utenti a cui gli stessi sono destinati. Ne consegue, dunque, che le Amministrazioni, nello svolgimento delle proprie funzioni di bilanciamento, devono tener conto di tale preminenza dell’interesse degli utenti e perseguire il risultato di assicurare l’erogazione di un servizio di un certo livello. Tale risultato, peraltro, può essere considerato come un bene comune, *rectius* un bene collettivo³⁴. Infatti, per il gruppo di utenti destinatari del servizio, identificati sulla base del legame con il territorio di riferimento, il risultato dell’erogazione di un servizio di qualità si produce in capo all’intero gruppo, dal quale nessuno può essere escluso; al pari, anche i vantaggi possono essere usufruiti da tutti senza competizione né rivalità poiché il godimento da parte di un utente di tale risultato non esclude quello di un altro.

4. I limiti alla attività imprenditoriale degli erogatori in nome degli interessi degli utenti dei servizi pubblici.

Quanto detto porta alla conclusione che come il perseguimento degli interessi degli utenti trova un limite nella necessità di non pregiudicare in maniera sproporzionata le esigenze degli erogatori, al contempo i diritti di questi ultimi sono limitati dalla necessità di soddisfare i bisogni dei primi.

32 L’espressione è ripresa da C. FELIZIANI, *Il servizio pubblico verso la (ri)scoperta dei principi di adeguatezza, differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2015, p. 848. L’Autrice, a sua volta, richiama G. CAIA, *L’organizzazione dei servizi pubblici. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 9, 3167 e segg.

33 Si vedano E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell’ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 75; G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 10.

34 L’intuizione è ripresa da G. FIDONE, *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Torino, Giappichelli, 2012, 116. L’Autore, inoltre, fornisce la definizione di bene comune quale “*bene caratterizzato dall’assenza di rivalità nel consumo (poiché il consumo del bene comune da parte di un individuo non riduce la possibilità di consumarlo da parte di un altro) e dalla non escludibilità nel consumo (una volta che il bene è prodotto, è difficile o impossibile impedirne la fruizione da parte dei consumatori)*” (p. 116).

In altri termini gli interessi degli erogatori sono subordinati a quelli di tutela delle esigenze e dei bisogni degli utenti.

Gli utenti, dunque, non devono essere più considerati solo come semplici destinatari dei servizi pubblici, ma devono essere posti al vertice del settore in esame poiché rappresentano l'essenza stessa dei servizi pubblici, la *ratio* della loro esistenza.

A ciò si aggiunga che gli utenti sono, sotto certi punti di vista, anche i finanziatori principali del settore dei servizi pubblici. Da un lato, gli utenti provvedono a finanziare l'erogazione di determinati servizi pubblici attraverso il pagamento delle tasse³⁵. Dall'altro lato, provvedono ad assicurare il finanziamento del servizio di cui usufruiscono attraverso il pagamento della tariffa all'erogatore³⁶.

Con tutto ciò, si vuole dire che se si intendesse l'attività di erogazione dei servizi pubblici come una vera e propria attività di una società privata, con tutti i limiti del caso, allora gli utenti andrebbero inquadrati non semplicemente come i "clienti" del prodotto offerto, che usufruiscono passivamente del servizio pubblico³⁷. Più correttamente, gli utenti sarebbero anche, e soprattutto, coloro che direttamente o indirettamente finanziano l'erogazione del servizio, garantendo, quindi, la retribuzione dell'erogatore che lo presta e permettendo a questi di realizzare i profitti perseguiti. A ciò si aggiunga che gli utenti, come detto, rappresentano anche la ragion d'essere del servizio pubblico, che viene istituito al fine di soddisfare le esigenze di questi.

In altri termini, gli utenti sono alla base dell'erogazione di un servizio pubblico sotto un duplice punto di vista. Per un verso, si pongono alla fine del ciclo

35 Si fa riferimento, in tal caso, a quelle che la giurisprudenza più recente ha definito come "*tasse di scopo*", intendendosi per queste quelle che sono finalizzate a fronteggiare una spesa di interesse generale per la collettività di riferimento e il cui onere, quindi, è ripartito indistintamente in capo alle categorie sociali che traggono vantaggio dall'attività finanziata (Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., sez. trib., 23.07.2010, n. 17381, che, a sua volta, richiama anche Id., S.U., 11.02.2008, n. 3151).

36 La tariffa può essere inquadrata come il corrispettivo a cui l'utente è tenuto in cambio dell'erogazione del servizio e, quindi, viene corrisposta solo da chi ne usufruisce, a seguito della sottoscrizione dell'apposito contratto di utenza (si veda M. GRECO, *Stop alle "partite pregresse" nel calcolo della tariffa idrica. Nota a sentenza Giudice di Pace di Enna n. 40 del 04/04/2016*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 27 aprile 2016).

37 L'idea dell'utente del servizio pubblico come "cliente", che si avvale delle prestazioni dell'impresa erogatrice, è espressa, fra gli altri da M.P. RAGIONIERI e M. MARESCA, *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2006, 142; M. RUSCIANO, *Le garanzie e i diritti degli utenti*, in AA. VV., *Convegno di Varenna 21-23 settembre 1995 su Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1997; A. ZUCCHETTI, *Tutela non giurisdizionale dell'utente dei servizi pubblici*, in AA. VV., *I nuovi procedimenti amministrativi. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Milano, Giuffrè, 2009, 330.

di erogazione del servizio pubblico in qualità di destinatari dello stesso. Per altro verso, si pongono a monte dell'erogazione del servizio pubblico poiché, da un lato, lo finanziano o, comunque, contribuiscono al suo finanziamento e, dall'altro lato, devono poterne determinare il contenuto affinché sia idoneo a soddisfare le proprie esigenze.

Ragionando in questo modo, è evidente che l'art. 41 Cost. deve essere riletto e reinterpretato³⁸, di modo che l'utilità sociale che limita l'iniziativa economica privata sia comprensiva anche delle esigenze di tutela, protezione e soddisfazione degli utenti dei servizi pubblici, quale ulteriore parametro di azione per gli erogatori del settore³⁹. La stessa dottrina, con riferimento alle società che svolgono un'attività di impresa, considera come dato da accettare non solo che gli amministratori hanno il dovere “*di perseguire l'interesse della società*”, ma anche che “*il fatto di gestire un'impresa comporta il dovere per gli stessi di combinare e comporre l'interesse dei soci con gli altri interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività d'impresa*”⁴⁰.

Nel caso dei servizi pubblici, tali “*altri interessi coinvolti*” sono certamente anche gli interessi degli utenti, che l'erogatore è chiamato a tutelare non solo in forza della particolare attività che svolge, ma anche in quanto, più in generale, esercente un'attività economica privata. È l'utilità sociale di cui all'art. 41 della Costituzione che impone a ciascun imprenditore privato di operare non solo nei propri interessi, ma anche in quelli della collettività di soggetti cui la propria attività è destinata.

Si tratta, inoltre, di teorie già condivise da chi ha affermato che “*la funzione dell'industria non è solo e neanche principalmente quella del profitto. Lo scopo è migliorare la qualità della vita mettendo a disposizione prodotti e servizi*”⁴¹. Se questo vale per l'industria privata in senso stretto, allora dovrà valere

38 Per l'analisi dell'interpretazione dell'art. 41 Cost. si rinvia, *ex multis*, a G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992,7 e segg.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1993; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzione comunitaria*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21 e segg.; R. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001; R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, UTET, 2006.

39 Condivide le opinioni espresse nel testo E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, pp. 58 e 59. In tal senso anche D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004.

40 Cfr. F. SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 6, 2014, 1014.

41 G.A. AGNELLI, *Discorso in occasione del Cinquantenario della Vespa*, Roma, 19.09.1996.

a maggior ragione per l'attività di erogazione dei servizi pubblici da parte di imprenditori privati poiché questa è finalizzata in via principale a soddisfare esigenze di carattere pubblicistico.

GIACOMO PISANI

Universalità e inclusione, oltre i limiti del welfare state

Sommario: 1. Alle origini del welfare state: cittadinanza e diritti sociali. — 2. Il Trentennio Glorioso e lo sviluppo del welfare state. — 3. I limiti del welfare e le nuove sfide del postfordismo. — 4. Per un welfare universale.

1. Alle origini del welfare state: cittadinanza e diritti sociali.

È stato l'emergere, nel '900, dei diritti sociali a determinare l'attuale classificazione dei diritti in diverse "generazioni": civili, politici e sociali, a cui si sono aggiunti negli ultimi tempi i diritti legati all'ambiente e alle nuove tecnologie¹. Come scrive Rodotà, non bisogna commettere l'errore di scambiare la scansione in "generazioni" per un ordinamento gerarchico in cui i nuovi diritti condannano i precedenti all'obsolescenza e all'abbandono definitivo. Piuttosto, è importante cogliere le specificità dei nuovi diritti, in particolare dei diritti sociali. Le ricerche di Marshall, a cui si deve tale classificazione, *"erano volte non a separare dagli altri i diritti sociali, ma a integrarli in un contesto in cui essi si presentavano come portatori di eguaglianza sostanziale e come elementi fondativi di una complessiva cittadinanza sociale"*².

All'interno di *Cittadinanza e classe sociale*, Marshall scrive: *"per elemento sociale intendo tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto a partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella so-*

1 Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in "Ragion pratica", 2000, 15-25.

2 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op.cit., 34.

cietà. Le istituzioni che hanno più stretti rapporti con questo elemento sono il sistema scolastico e i servizi sociali”³. Egli individua nelle Poor Laws elisabettiane la fonte originaria dei diritti sociali, in quanto tali leggi hanno rimpiazzato l’appartenenza alle comunità locali e le associazioni funzionali. Si è generalmente concordi nell’individuare in tali leggi il primo esempio di welfare state - nonostante alcuni importanti interventi precedenti in campo sociale in altri stati - anche se la responsabilità di attuare l’intervento era affidata alle chiese e alle comunità locali. Come scrive C.Saraceno “*perché si possa parlare di welfare state, e non semplicemente di una qualche forma di protezione sociale, occorre che lo Stato assuma in modo sistematico la responsabilità per la soddisfazione dei bisogni fondamentali dei suoi cittadini, e non solo di alcune categorie, configurando un insieme di diritti sociali*”⁴.

Le leggi sui poveri elisabettiane, promulgate fra il 1597 e il 1601, non erano dirette a creare un nuovo ordine sociale, ma a conservare il più possibile quello esistente, inserendosi all’interno di un vasto programma di pianificazione economica. Tale modello di pianificazione, in cui rientravano i diritti sociali come strumento di lotta all’indigenza e al vagabondaggio, cominciava però ad entrare in contrasto con l’economia competitiva che si andava imponendo, in cui assumeva centralità la libertà del contratto di lavoro e i connessi diritti civili. Polanyi⁵ individua nel sistema Speenhamland (1795-1834) di assistenza ai poveri il simbolo della fine di un’epoca. Esso, infatti, cercava di contrastare il valore di mercato del lavoro adattando il reddito ai bisogni sociali e allo status di cittadino. Tale tentativo, in un momento di esplosione del mercato e della concorrenza come principio di regolazione primaria della società, era destinato a fallire. “*In questo breve episodio della nostra storia vediamo nella legge sui poveri il campione aggressivo dei diritti sociali della cittadinanza*”⁶.

A partire dal 1834 la legge sui poveri non si è posta più in contrasto con il mercato e con la concorrenza come principio di determinazione dei salari, e i diritti sociali sono stati separati dalla cittadinanza. L’assistenza ai poveri era garantita solo a condizione di rinunciare allo status di cittadino, quindi ai diritti civili e politici. “*Perché gli indigenti rinunciavano in pratica al diritto civile della libertà personale: venivano internati in case di lavoro, e rinunciavano per legge a qualsiasi diritto politico fosse in loro possesso*”⁷. A ciò si associava la stigmatizzazione sociale, che esprimeva il distacco –

3 T.H.MARSHALL, *op.cit.*, 13.

4 C.SARACENO, *Il welfare*, Il Mulino, Bologna, 2013, p.13.

5 Cfr K.POLANYI, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010.

6 *Ivi*, 25.

7 *Ivi*, 26

anche culturale – della comunità dei cittadini rispetto a coloro che non erano in grado di provvedere autonomamente ai propri bisogni. Il lavoro si è andato imponendo come fattore fondamentale di integrazione della cittadinanza, mentre l’assistenza veniva associata ad uno status inferiore, di mancanza e incapacità di autodeterminazione. Come scrive Ritter *“l’assistenza doveva comunque essere meno appetibile del lavoro retribuito. La tutela ai poveri abili al lavoro doveva perciò essere concessa, in linea di massima, solo all’interno di opifici rigidamente disciplinati, i cui responsabili però non potevano far morire di fame i poveri, in quanto rischiavano l’accusa di omicidio”*⁸. Tali interventi si inserivano, dunque, in una filosofia sociale ispirata a teorie liberali e utilitaristico-razionali, in cui l’assistenza veniva vista come strumento di educazione, disciplinamento e affermazione del valore dell’emancipazione attraverso la libera disposizione della propria forza lavoro⁹. Tale netto distacco dei diritti sociali dalla cittadinanza è rinvenibile anche all’interno della prima legislazione di fabbrica, nella prima metà dell’800, in cui il destinatario dell’assistenza non era mai il cittadino maschio adulto, ma le donne e i bambini¹⁰.

Un’eccezione importante nel diciannovesimo secolo è stata, secondo Marshall, quella dell’istruzione. Anche essendo diretta solo ai bambini, essa ha avuto un’influenza diretta sulla cittadinanza. Verso la fine del secolo, l’istruzione elementare è diventata gratuita ma anche obbligatoria. Tale scelta implicava un’idea di cittadinanza perseguita per mezzo dell’universalizzazione del diritto all’istruzione. *“Ne segue che lo sviluppo dell’istruzione pubblica elementare durante il secolo diciannovesimo è stato il primo passo decisivo sulla strada del ristabilimento dei diritti sociali della cittadinanza nel secolo ventesimo”*¹¹. Secondo Marshall, cittadinanza e sistema di classi capitalistico nel ventesimo secolo si sono trovati in lotta fra loro. Il terreno di questo conflitto era il lavoro salariato, in quanto *“i diritti sociali, nella loro forma moderna comportano una invasione del contratto da parte dello status, la subordinazione del prezzo di mercato alla giustizia sociale, e la sostituzione della dichiarazione dei diritti alla libera contrattazione”*. Sovrapponendo diritti dei lavoratori e diritti sociali, Marshall coglie la soggettività di riferimento del welfare novecentesco, che sarà costituita proprio dal cittadino lavoratore, che paga le tasse e che, all’occorrenza, serve il pae-

8 G.A.Ritter, *Storia dello stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p.54.

9 Per un approfondimento, si legga P.MANDLE, *The Making of the New Poor Law Redivivus*, in *“PastéPresent”*, 117, 1987, 131-157.

10 Anche le tutele dei lavoratori di fabbrica ebbero di mira, in particolare, donne e bambini. Con le leggi fra il 1833 e il 1850 fu introdotta la giornata lavorativa massima di dieci ore e mezza per donne e bambini nell’industria cotoniera, estesa successivamente agli altri settori industriali.

11 T.H.MARSHALL, *op.cit.*, 28-29.

se in armi. Gran parte delle donne e i minori saranno esclusi dal welfare, se non per mediazione di un cittadino a pieno titolo.

Il ruolo dei diritti sociali è fondamentale all'interno di una visione "allargata" e universalista del welfare e quindi della cittadinanza¹². Come scrive Casadei, "*a fronte di tale problematicità teorica, documenti con diversa valenza giuridica e costituzionale, ma senza dubbio rilevanti – anche in termini di politica del diritto -, riconoscono all'individuo diritti sociali, anche se poi letteralmente l'espressione 'diritti sociali' nei testi di diritto positivo si rinviene di rado (sono più frequenti espressioni affini), e con significato non univoco*"¹³. E' a partire dal dopoguerra, con la promulgazione dei diritti sociali all'interno delle carte costituzionali dei paesi europei e nell'ambito dei processi che hanno condotto alla costruzione dell'Unione europea, che si è costretti a "*prendere sul serio quest'uso del termine nel linguaggio e nella grammatica dei diritti e le sue possibili implicazioni*".

In tutto il '900 l'edificazione dello stato sociale, in Europa, è andata di pari passo con le rivendicazioni sindacali e operaie. La maggior parte degli interventi europei sono stati diretti a migliorare le condizioni della classe lavoratrice. Come scrive A.Facchi, "*si tratta di misure rivendicate dai movimenti dei lavoratori attraverso duri conflitti sociali, ma che trovano fondamenti anche all'interno di teorie liberali in base sia a valori di meritocrazia e affermazione individuale, sia di interesse della nazione*"¹⁴.

Anche nella Costituzione italiana è evidente l'impianto "lavorista" dei diritti sociali, nonché la commistione di una visione assistenzialistica con una previdenziale delle prestazioni sociali di base, con una preminenza della seconda, spettante esclusivamente ai lavoratori. "*Questa linea di separazione tra previdenza e assistenza risulterà vincente anche perché a favore di essa si schierarono in generale le organizzazioni del movimento operaio, che attribuivano un valore superiore alla previdenza, come specifica area di intervento a garanzia dei lavoratori (e fondata sui loro contributi)*"¹⁵.

I sindacati erano molto preoccupati dell'estensione delle prestazioni previdenziali, nel testo costituzionale, ai lavoratori autonomi. Ma, di fatto, è stata la

12 Ferrajoli ha spesso notato come l'approccio sociologico ai diritti sociali, che studia la loro effettività, l'incidenza sulla disuguaglianza e i loro rapporti col welfare, è sempre stato ignorato dalla cultura giuridica. "*L'incomunicabilità tra studi giuridici e studi sociologici in tema di cittadinanza, se priva i primi di importanti contributi dei secondi, [...] genera nella lettura sociologica inopportune semplificazioni e confusione concettuale*" (L.FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in AA.VV, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D.Zolo, Roma-Bari, Laterza, 1994., p. 264).

13 T.CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Fup, Firenze, 2012, 29.

14 A.FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007, 99.

15 E.PUGLIESE, *Disuguaglianze e sistema di welfare*, in C.Giorgi (a cura di), op.cit, 117.

linea più inclusiva a prevalere, e nel testo costituzionale il riferimento è a tutti i lavoratori, senza distinzione. Come si legge nell'articolo 38: *“Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi e istituti predisposti e integrati nello Stato. L'assistenza privata è libera”*.

2. Il Trentennio Glorioso e lo sviluppo del welfare state.

Lo sviluppo del welfare nel Novecento, in Europa, è avvenuto sul terreno della produzione di fabbrica, organizzata secondo il modello fordista. Il soggetto di riferimento è stato il lavoratore maschio, occupato stabilmente, e le prestazioni erano per lo più di tipo assicurativo. L'assistenza, invece, è divenuta molto marginale e le funzioni ad essa relative sono state relegate all'interno del lavoro di cura, a carico soprattutto delle donne entro il nucleo familiare¹⁶. Si è realizzata una forte integrazione fra mercato del lavoro, famiglia e welfare state, che ha assicurato alle famiglie un alto livello di sicurezza¹⁷. La sicurezza sociale veniva a costituire un valore fondamentale nella vita dell'operaio, per il quale, nella fabbrica fordista, il lavoro era tutt'altro che fattore di autorealizzazione individuale¹⁸.

Un'accelerazione straordinaria, nello sviluppo dei sistemi di welfare assicurativo, si è registrata in concomitanza con il formidabile periodo di crescita economica dei cosiddetti “Trenta gloriosi”, coincidenti con i trent'anni successivi alla seconda guerra mondiale. Tale sviluppo ha consentito anche un forte aumento dei consumi. Quest'ultimo, insieme alla sicurezza sociale come dispositivo di governo dell'avvenire, ha costituito uno dei fattori fondamentali su cui si è poggiato lo sviluppo del welfare nel dopoguerra.

Il welfare “assicurativo” ha accentrato nelle mani dello stato la gestio-

16 Cfr. A.DEL RE, *Donne Politica Utopia*, Padova, il Poligrafo, 2011; C.MORINI, *Per amore o per forza. Femminilizzazione del lavoro e biopolitiche del corpo*, Ombre corte, Verona, 2010; M.C.NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Il Mulino, Bologna, 2002.

17 Cfr. M.PACI, *Le ragioni per un nuovo assetto del welfare in Europa*, in *La rivista delle politiche sociali*, n.1, 2004, 333-373.

18 Cfr. E.CHINOY, *Automobile Workers and the American Dream*, Doubleday, 1955; G.H.GOLDTHORPE, D.LOCKWOOD, F.BECHHOFFER, J.PLATT, *The Affluent Worker in the Class Structure*, Cambridge University Press, 1969.

ne del sistema previdenziale, rompendo le reti di solidarietà e mutualismo che erano sviluppate all'interno della società civile, stimolate dai sindacati e dai partiti operai. Come scrive M.Paci, “*con lo sviluppo delle assicurazioni obbligatorie, certo, la sicurezza dei lavoratori si accrebbe, ma si indebolì nettamente il ruolo attivo dei lavoratori, che era stato proprio delle forme mutualistiche di protezione sociale*”¹⁹. L'assistenza, invece, ha continuato in gran parte ad essere appannaggio del mondo cattolico.

Nell'ambito della riflessione sulla “società del rischio”²⁰ – in particolare all'interno della prospettiva “costruttivista” – l'assicurazione è stata concepita come la grande tecnologia di controllo dei rischi, all'interno nel modello fordista. Secondo Ewald, la trasformazione dei pericoli in rischi, a partire dal XIX secolo e portata a compimento con la nascita del principio assicurativo e delle scienze attuariali, socializzando i costi dello sviluppo industriale ha avuto un effetto deindividualizzante e deresponsabilizzante²¹.

Gli individui sono stati tutelati in base alla loro appartenenza a gruppi, costruiti sul terreno della produzione, in cui il costo dei rischi veniva suddiviso equamente. Non si trattava di comunità “naturali”, ma di gruppi costituiti socialmente, sul terreno lavorativo e sindacale²². Come rileva

19 M.PACI, *op.cit.*, 339

20 Per un primo approccio alla questione, si veda il classico U.BECK, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2013, ma anche Id. *Conditio humana*, Laterza, 2008. Il dibattito sulla “società del rischio”, connesso con la crisi del principio di assicurazione, è ripreso da G.Campesi in *Rischio e sicurezza nella società globale*. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck, in *Studi sulla questione criminale*, n.2, 2009, 110-113. Come scrive Campesi, “*Le tecnologie di sicurezza hanno avuto un effetto deindividualizzante e deresponsabilizzante, dato che tendenzialmente le prestazioni assicurative sono convenute ed erogate indipendentemente dalle colpe. Ciò ha consentito di evitare il ricorso al sistema giuridico che, essendo basato sul principio della responsabilità individuale, tendeva ad incepparsi nel caso in cui fossero in questione complessi nessi di causalità*” (ivi., 111).

21 È importante tenere a mente che nell'ambito della prospettiva “costruttivista forte”, come scrive G.Campesi, “*non è possibile parlare di rischio in senso oggettivo, dato che quest'ultimo è una categoria politico-istituzionale funzionale ai processi di controllo <<niente è un rischio in se stesso, non esiste un rischio nel mondo reale. Ma d'altra parte, qualunque cosa può essere a rischio; tutto dipende da come il pericolo viene analizzato, da come gli eventi vengono considerati (Ewald 1991: 199)*”, (G.Campesi, *Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2014). Cfr. F.EWALD, *Insurance and Risk*, in G.Burchell, C.Gordon, P.Miller, (a cura di), *The Foucault Effect, Studies in Governmentality*, Harvester Wheatsheaf, London, 1991.

22 Come scrive R.CASTEL, “*l'individuo è protetto in funzione di queste appartenente: esse non implicano più la partecipazione diretta a comunità 'naturali' (le 'protezioni ravvicinate' della famiglia, del vicinato, del gruppo territoriale), ma richiedono l'adesione a collettivi costruiti con regolamentazioni e dotati generalmente di uno statuto giuridico.*”

Rosanvallon, la logica assicurativa si fonda su un approccio alla popolazione di natura statistica che considera gli individui all'interno di categorie demografiche e statistiche generali²³. Al contrario della tecnologia giuridica pura, fondata sul principio di responsabilità, la tecnologia assicurativa scarica sull'intera popolazione degli assicurati i costi economici del rischio²⁴. Come scrive Rosanvallon, *“essendo stata declinata, questa categoria del rischio ha permesso di trattare tutto un insieme di situazioni (la malattia, l'invalidità, la disoccupazione, la vecchiaia, ecc) come altrettanti fenomeni sociali oggettivi, che si potevano intendere come variabili statisticamente misurabili, dunque assicurabili, separandoli da ogni valutazione sui comportamenti individuali”*²⁵. In questa prospettiva, come ha messo in evidenza Foucault, il welfare ha rappresentato una formidabile tecnologia di governo della popolazione.

Il welfare assicurativo, dunque, ha da un lato consentito una formidabile capacità di penetrazione del potere biopolitico entro le più intime sfere dell'esistenza, facendo presa sul lavoro fordista come fattore di organizzazione dell'intera società. D'altro canto, esso ha sicuramente favorito un allargamento delle basi materiali dello stato, permettendo una ristrutturazione dell'accumulazione capitalista attraverso l'espansione del benessere e dei consumi, piuttosto che a prezzo del peggioramento delle condizioni lavorative.

3. I limiti del welfare e le nuove sfide del postfordismo.

Il contesto sociale e produttivo in cui si è radicato lo sviluppo del welfare state è andato incontro, a partire dalla fine degli anni '70, a profondi mutamenti. Innanzitutto la produzione fordista, caratterizzata da una forte omogeneità di tempi, mansioni, profili contrattuali, ha ceduto il posto ad una produzione eterogenea, in cui un ruolo importante è stato assunto dalle relazioni sociali non contrattualizzate.

Sempre più importanti, per lo sviluppo dei privati, sono le relazioni che

Collettivi di lavoro, collettivi sindacali, regolazioni collettive del diritto del lavoro e della protezione sociale: come dice Hatzfeld, è proprio 'lo statuto collettivo definito da un insieme di regole' che protegge l'individuo e gli procura la sicurezza” (R.CASTEL, *L'insicurezza sociale*, Einaudi, Torino, 2011, 30)

23 Cfr. P.ROSANVALLON, *La nuova questione sociale. Ripensare lo Stato assistenziale*, Edizioni lavoro, 1997.

24 Cfr P. ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza*, Castelvecchi, Roma, 2013, 196.

25 P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, op.cit., 197.

si svolgono spontaneamente sulle reti digitali, le quali esprimono gusti, preferenze, desideri, che costituiscono il principale fattore produttivo nell'economia della conoscenza. Così, le aziende costruiscono comunità virtuali per coinvolgere gli utenti all'interno del circuito della produzione, facendo aderire le strategie aziendali alle tendenze e alle preferenze soggettive e usufruendo, in tal modo, di un esercito di lavoratori non retribuiti²⁶.

Certo il ruolo dei privati non è riducibile alla mera "estrazione" di un valore immanente alle forme autopoietiche di relazione sociale. I privati incidono sull'ambiente di relazione, circoscrivendo la libertà individuale entro le possibilità compatibili con il mercato e con i processi di accumulazione. In tale contesto il diritto svolge un ruolo cruciale, dovendo moltiplicare i dispositivi di regolamentazione dell'eterogeneità che si produce all'interno del mercato. Per Foucault, la governamentalità neoliberale consiste proprio in un insieme di pratiche e di tecnologie che, incidendo sull'ambiente, consentono di governare secondo le regole del diritto uno spazio popolato da soggetti economici²⁷. La questione, però, meriterebbe di essere approfondita separatamente.

Ci interessa qui evidenziare l'incompatibilità della soggettività postfordista con i modelli di welfare ereditati dal dopoguerra. La crisi del welfare assicurativo, a partire dalla fine degli anni '70, è andata di pari passo con la crisi del fordismo e con la crisi di quella straordinaria stagione di crescita su cui si sono retti i modelli distributivi tipici del welfare assicurativo.

Al di là dei mutamenti nell'ambito dei rapporti di produzione, inoltre, lo Stato-nazione si rivela sempre meno capace di interpretare il ruolo di regolatore dell'economia e di favorire l'equilibrio sociale. A ciò ha contribuito l'imporsi, a partire dagli anni '80, di un modello europeo tutto centrato sulla sovranità dei mercati.

Altri fattori di rottura decisivi sono stati costituiti, negli ultimi decenni, dall'aumento della speranza di vita e dall'invecchiamento della popolazione, che rendono insufficiente l'assicurazione sociale contro la vecchiaia, aumentando complessivamente il costo delle pensioni. Lo stesso nucleo familiare classico, sulla cui composizione si era costituito il welfare assicurativo, è oggi completamente in crisi. *“La famiglia perde l'aura di 'naturalità' che l'ha accompagnata per tutta la sua storia e diviene un'istituzione 'elettiva', legata agli affetti e alle scelte volontarie dei suoi membri: si assiste in tal modo, dove più dove meno in Europa, all'avvio di un processo di diversificazione della famiglia, che, accanto alla famiglia nucleare 'classica', assume adesso la forma della convivenza, della famiglia 'ricostituita', dalla fami-*

26 Sul tema cfr. P.DARDOT, C.Laval, *Del comune o della rivoluzione nel XXI secolo*, DeriveApprodi, Roma, 2015.

27 Cfr. M.FOUCAULT, *Nascità della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005.

glia 'omogenitoriale', di quella unipersonale o 'single', ecc"²⁸.

In questo quadro, anche il tradizionale lavoro di cura affidato alle donne entro le mura domestiche, su cui si è retta l'accumulazione capitalistica, subisce dei mutamenti. La partecipazione delle donne al mercato del lavoro diviene progressivamente più imponente²⁹, mentre molte donne provenienti dai paesi più poveri dell'Est Europa vengono impiegate nel lavoro di cura dalle famiglie occidentali³⁰. Tale fenomeno ci dimostra che la divisione delle mansioni all'interno del nucleo familiare è tutt'altro che un fatto privato, ma risulta totalmente immerso entro la mobilità internazionale della forza-lavoro e connesso con lo sfruttamento della povertà.³¹

4. Per un welfare universale.

L'eterogeneità dell'attuale modello di produzione e la crisi della sovranità ci costringono a ripensare le politiche di welfare. L'eterogeneità, anziché essere un limite per la costruzione di politiche sociali, ci consente di superarne l'impianto "lavorista" per riconoscere la possibilità universale di esistere dignitosamente. Un dispositivo fondamentale, in questo senso, è il reddito

28 M.PACI, *op.cit.*, 341.

29 Cfr. H NOWOTNY, *Il tempo: usi pubblici e usi privati*, in L.Balbo (a cura di), *Time to Care*, Franco Angeli, Milano, 1987, 15-23; P.FLORA, A.J.Heidenheimer (a cura di), *The development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1981.

30 Come scrive A.del Re, "a ciò si aggiunge, almeno in Europa, un ulteriore elemento che riguarda le famiglie d'origine delle migranti europee, di solito romene o moldave, donne che si lasciano alle spalle in patria una famiglia in cui la madre è assente e altre lavoratrici, provenienti dall'Ucraina o dalla Bielorussia, vengono a volte a dar loro il cambio nelle attività di cura dei più giovani e dei più anziani. Una catena migratoria internazionale dentro il mercato del lavoro della riproduzione" (A.Del Re, Alcuni appunti sulla riproduzione sociale, in Scuola e Società: <http://scuolasocieta.cubbologna.org/?p=3505>).

31 Così A.del Re: "Anche questo aspetto riguarda la riproduzione materiale degli individui che, benché privatizzata, ha forti connotazioni sociali di stratificazione di comando e di sfruttamento della povertà". Il punto di vista di Alisa del Re, come quello di una parte importante del pensiero femminista degli anni '70, è che anche ciò che è stato volgarmente idealizzato come "privato", ossia come spazio di libertà, è in realtà parte della riproduzione sociale, e all'interno di esso è stato relegato il lavoro femminile, in cui si sono annidati dispositivi di sfruttamento, violenza, accumulazione. Come ella scrive "Il mio punto di vista, un punto di vista femminista, è che la riproduzione degli individui è interamente sociale, perché sottoposta ad un comando o a un controllo della società o dello Stato, anche se non sempre appare come tale. E questo comando-controllo si esercita sul lavoro attribuito storicamente alle donne, retribuito nei lavori servili o gratuito nei lavori <<d'amore>>" (*Ibidem*).

di esistenza universale.

Il reddito minimo non è un dispositivo nuovo in Europa. Se a livello ideologico ed elettorale il welfare, a partire dagli anni '80, è divenuto il principale bersaglio dei governi neoliberisti, è anche vero che, sul piano concreto, si è assistito al ricorso ad ampi programmi di reddito minimo, indispensabili di fronte alla disoccupazione dilagante e ad una disgregazione sociale sempre più profonda, rispetto a cui i sistemi di welfare contributivo erano divenuti del tutto insufficienti. *“Il Revenue minimum garanti del Lussemburgo nel 1986, ma soprattutto il Revenu minimum d’insertion francese (1988) sono i modelli pionieristici di una generazione di redditi minimi in cui la prestazione monetaria si accompagna allo sviluppo di percorsi di inserimento sociale e lavorativo per i soggetti più deboli”*³².

Negli anni '90 l'esempio francese è stato seguito dalla maggior parte dei Paesi del sud Europa, caratterizzati da un settore assistenziale frammentario e lacunoso. A tutt'oggi l'Italia e la Grecia sono gli unici due stati europei a non essere dotati di reddito minimo, neanche in forma condizionata.

Negli anni '70 e '80 le misure di reddito minimo europee, inserite all'interno della ragione di governo neolibérale, erano orientate a favorire l'autonomia del soggetto da sostegni di natura assistenzialistica. C'era la necessità di liberare le capacità imprenditoriali dell'individuo entro un mercato slegato dalle briglie dello stato, che anzi doveva assumere la ragione economica come principio di governo. Negli ultimi quindici anni, invece, il reddito si è coniugato con progetti di attivazione e di integrazione socio-lavorativa, come prospettato dal modello sociale europeo a partire dal Consiglio di Lisbona del 2000.

Attualmente le forme di reddito minimo nei paesi europei sono molto diverse fra loro. In generale però, possiamo individuare *“un minimo comune denominatore, rappresentato dall'erogazione ai cittadini più poveri di un trasferimento monetario tale da permettere loro di raggiungere una soglia “minima” (che quasi mai però arriva alla soglia di rischio della povertà, tranne nel caso danese)”*³³.

Solo negli ultimi anni, in Europa e in Italia, si è affacciata con prepotenza la discussione su un reddito di esistenza universale, incondizionato, cumulabile con ogni altro reddito³⁴. Di fronte ad un mercato del lavoro sempre più

32 G.BUSILLACCHI, *Welfare e diritto al reddito. Le politiche di reddito minimo nell'Europa a 27*, Franco Angeli, Milano, 2013, 18.

33 *Ivi.*, 84.

34 Per un approfondimento della questione, si veda G.PISANI, *Le ragioni del reddito di esistenza universale*, Ombre corte, Verona, 2014, *id.* *Work between Fordism and Post-Fordism*, in A.Manuti, P.D.de Palma (edited by), *Why Human Capital is Important for Organizations*, Palgrave, 2014.

ricattatorio e a un'insicurezza sociale che investe fette sempre più ampie di popolazione, il reddito di esistenza costituisce un dispositivo rivoluzionario. Esso riconosce la possibilità di esistere dignitosamente indipendentemente dal posto che ciascuno occupa all'interno del mercato. Perché se persino la sopravvivenza è costretta all'interno delle possibilità che il mercato mette a disposizione, questo non è più un campo di possibilità liberamente attraversabile, ma diviene l'articolazione assoluta della realtà.

In un momento in cui la valorizzazione capitalista si estende a tutte le sfere dell'esistenza, la contrattazione sindacale tipica del modello di regolazione keynesiano/fordista si rivela insufficiente come dispositivo di mediazione fra capitale e lavoro. Il reddito connette la rivendicazione di diritti nel campo lavorativo a quella di un'esistenza dignitosa nella società in generale, ricompresa oggi nel mercato.

Un reddito incondizionato costituirebbe inoltre un enorme stimolo alla cooperazione, incentivando le nuove forme di sharing economy al di fuori dello sfruttamento delle corporation proprietarie delle piattaforme, che massimizzano il profitto facendo leva sulla dipendenza economica. In questo senso, esso può essere inteso come un punto di partenza per un processo di costituzionalizzazione della cooperazione sociale.

Numerose sono stati gli esperimenti di sostegno incondizionato al reddito a livello territoriale, ad esempio in Canada, Brasile, Iran, Kuwait, Alaska, India e Namibia. Di fronte ad un mercato internazionale che determina la mobilità internazionale del lavoro e della produzione, ci sembra però necessario immaginare forme di regolamentazione che connettano tali esperienze a livello trans-nazionale. In questo senso, un reddito di esistenza universale potrebbe essere sperimentato a livello europeo, opponendo ad una governance che, negli ultimi anni, ha fatto dell'austerità la norma fondamentale di controllo delle popolazioni indebitate, una nuova narrazione che assuma la centralità del riconoscimento universale dei diritti fondamentali e della democrazia.

EMANUELE ZANALDA

La sanzione amministrativa nella manipolazione del mercato: un limite all'applicazione della sanzione penale?

Sommario: 1. La manipolazione del mercato: illecito amministrativo e illecito penale. — 2. L'articolo 187 *ter* del TUF. — 3. L'art. 185 del TUF. — 4. Il rapporto tra la fattispecie amministrativa e la fattispecie penale. — 5. Soluzioni giurisprudenziali. — 5.1. La giurisprudenza successiva alla sentenza *Grande Stevens*.

La manipolazione del mercato: illecito amministrativo e illecito penale.

Uno degli aspetti più caratteristici dell'illecito di manipolazione del mercato, è fornito dalla costituzione di un microcosmo normativo in cui si assiste ad una duplicazione delle fattispecie. Duplicazione di fattispecie che comporta la previsione di un doppio binario sanzionatorio, posto che, al di là dell'illecito penale ai sensi dell'art. 185 del T.U.F., la cui introduzione ha costituito una precisa scelta di politica criminale del legislatore italiano ed è stata realizzata seguendo la precedente formulazione dei reati di aggio, l'attuazione nel nostro ordinamento della direttiva MAD del 2003 (*Market Abuse Directive*)¹ richiedeva invece come strettamente necessaria l'adozione di sanzioni amministrative di contrasto al *market abuse*. In questo senso, si deve osservare come la previsione dell'illecito amministrativo costituisca la

¹ Direttiva 2003/6/CE, emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio che costituisce il vertice (oltre che l'inizio da un punto di vista cronologico) di un processo decisionale immaginato nel *Rapporto Lamfalussy*, che prende il nome dal suo elaboratore, l'economista belga *Alexandre Lamfalussy*. Si è parlato in tal senso, in riferimento alla Direttiva MAD, come della *Direttiva madre* di questo complesso procedimento decisionale che interessò la normazione sui servizi finanziari adottata dall'Unione europea.

novità più interessante nella normativa italiana sugli abusi di mercato e che proprio l'illecito amministrativo riproponga le formule più dettagliate previste dalla normativa europea².

2. L'articolo 187 ter del TUF.

L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato ha un ruolo importante nell'economia complessiva della disciplina di contrasto a questo specifico abuso di mercato: prima di tutto perché si distingue in parte dalla fattispecie penale, soprattutto nella descrizione delle condotte, nel requisito di pericolo richiesto e nella tipologia di elemento soggettivo, ed inoltre perché la casistica di pratiche manipolative diffusa dal CESR (*Committee of European Securities Regulators*)³ per chiarire l'ambito operativo della sanzione amministrativa, ha avuto grande importanza nell'orientare anche il giudice penale nell'individuazione delle (molto vaghe) condotte di manipolazione operativa. Infine non vanno dimenticati i profili problematici che emergono nel rapporto con la parallela fattispecie penale, «profili di interferenza ed eventuale sovrapposizione»⁴, come ha osservato la più attenta dottrina.

L'*ambito applicativo* dell'art. 187 ter del TUF è il medesimo della fattispecie penale (art. 185 del TUF), individuato dal combinato disposto degli articoli 180, 1° comma, lettere *a)* e *b)*, e 182 del TUF. L'oggettività giuridica delle fattispecie viene individuata nella corretta formazione dei prezzi degli strumenti finanziari all'interno dei mercati borsistici⁵. L'ambito di applicazione della fattispecie riguarda dunque le operazioni manipolative su strumenti finanziari quotati. Su questo punto si deve peraltro segnalare l'interpretazione di parte della dottrina che, basandosi sulla nascita per scorporazione del reato di manipolazione del mercato dall'ipotesi di aggio, contenuta nel codice civile, tende ad estendere anche agli strumenti finanziari

2 In questo senso, cfr. M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 711.

3 Ora sostituito dall'ESMA (*European Securities and Markets Authority*) che ha il compito di sorvegliare il mercato finanziario europeo; sorta nel 2011, per rafforzare le attività di vigilanza sul mercato europeo e per garantirne trasparenza, stabilità ed efficienza, è composta da tutte le autorità di vigilanza bancaria e di borsa dell'Unione europea. Per approfondimenti si rimanda all'indirizzo web: <http://www.esma.europa.eu>.

4 F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, 206. In maniera simile, E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 279.

5 L. D. CERQUA, voce "Reati di aggio", in *Digesto disc. pen.*, Agg., II, Torino, 2009, 901.

non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato la fattispecie amministrativa⁶.

Anche in relazione ai *beni giuridici protetti*, si può affermare che la sostanziale sovrapposizione tra i due tipi di illeciti, dal momento che tra fattispecie penale ed amministrativa non cambia la tipologia di tutela offerta, variando semmai la tipologia di sanzione comminata alla luce di condotte qualificate in maniera in parte differente.

Infine, per quanto attiene ai *soggetti attivi* dell'illecito amministrativo, la presenza del pronome "chiunque" determina, come per la fattispecie penale, la qualificazione di illecito comune. D'altronde, la fattispecie amministrativa prevede una specifica previsione per la categoria professionale dei giornalisti, del tutto assente dalla disciplina penale.

A differenza dell'ipotesi di *insider trading*, in cui il reato (art. 184 del TUF) e la corrispondente fattispecie amministrativa (art. 187 *bis* del TUF) condividono la medesima formulazione, per la manipolazione del mercato il legislatore ha scelto di strutturare le due ipotesi in maniera diversa; infatti la fattispecie amministrativa si presenta come «particolarmente articolata e di maggior spettro applicativo, ricalcando la previsione dell'art. 1, n. 2, lett. c) della direttiva 2003/6/CE»⁷. Quale punto in comune fra l'illecito penale e quello amministrativo vi è la suddivisione, riscontrabile in entrambi, fra condotte di manipolazione informativa e di manipolazione operativa.

L'articolo 187 *ter*, comma 1, del TUF, rubricato anch'esso "Manipolazione del mercato", disciplina la c.d. manipolazione informativa, prevedendo che "chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari", mentre la c.d. manipolazione operativa di cui al comma 3 dell'art. 187 *ter* si sostanzia nelle condotte di:

- Operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;
- Operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale;
- Operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente;

6 In questo senso, cfr. D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, II ed., 2013, 135.

7 SGUBBI - FONDAROLI - TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, II ed., 2013, 136.

- *Altri artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari.*

Dal momento che la norma in esame nulla prevede in maniera espressa in punto elemento psicologico del reato, si deve ritenere applicabile all'illecito amministrativo in questione la norma generale, contenuta all'articolo 3 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, che dispone che gli illeciti amministrativi siano integrati sia da condotte colpose che da condotte dolose⁸.

3. L'art. 185 del TUF

Esaminata brevemente la fattispecie amministrativa occorre dar conto alla struttura della fattispecie penale che, seppur con le sovrapposizioni di cui si è dato conto precedentemente, ha alcune caratteristiche peculiari.

Il riferimento va, infatti, alle condotte penalmente rilevanti di manipolazione del mercato: la fattispecie penale, in ossequio al principio di tassatività della norma penale, precisa maggiormente gli elementi delle condotte. L'articolo 185 del TUF delinea due condotte tipiche per il reato di manipolazione del mercato; da un lato la *diffusione di notizie false* (cd. manipolazione informativa) e dall'altro lato la *realizzazione di operazioni simulate od altri artifici* (cd. manipolazione operativa).

Inoltre, per rilevare penalmente, le condotte devono essere accompagnate dal requisito della *concreta idoneità a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari*, qualificando perciò la fattispecie come un *reato di pericolo concreto*. La costruzione dell'illecito penale da questo punto di vista non può far sorgere alcun dubbio in merito alla sua natura giuridica: iscritta nell'ambito dei reati a consumazione anticipata, non richiedendo perciò che si realizzi un effettivo evento lesivo causalmente riconducibile alla condotta (è sufficiente infatti che si accerti la sussistenza del pericolo concreto), la fattispecie si connota per una chiara struttura di reato di pericolo concreto⁹. Lo stesso non può dirsi per quanto riguarda l'illecito amministrativo di cui all'articolo 187 *ter* del TUF, in cui la mancanza dell'avverbio "concretamente" dovrebbe determinare, secondo parte della dottrina ed anche della

8 In argomento, la principale dottrina è unanime; cfr. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., 303; L. D. CERQUA, voce "Reati di aggrigotaggio", cit., 906; F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 213; D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 155; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, cit., 720.

9 M. B. MAGRO, *Manipolazione dei mercati finanziari e diritto penale*, Milano, 2012, 245.

giurisprudenza, un'anticipazione di tutela maggiore, e configurare perciò un illecito amministrativo di pericolo astratto.

Il reato di manipolazione del mercato è stato configurato dal legislatore a dolo generico. Tale elemento soggettivo deve ricomprendere la coscienza e la volontà di diffondere le notizie false, o di compiere operazioni simulate o altri artifici e la consapevolezza della idoneità della condotta a realizzare l'evento di pericolo.

4. Il rapporto tra la fattispecie amministrativa e la fattispecie penale.

Già prima dell'intervento della Corte EDU con la nota sentenza *Grande Stevens ed altri c. Italia* (d'ora in poi *Grande Stevens*), infatti, erano abbastanza evidenti ai principali commentatori ed interpreti le problematiche che la disciplina in tema di manipolazione del mercato, introdotta dal legislatore italiano con la Legge 18 aprile 2005, n. 62, presentava in relazione al cumulo sanzionatorio delle due fattispecie ed alla conseguente possibile violazione del principio ordinamentale del *ne bis in idem*.

In generale, nel nostro ordinamento, in base al principio di specialità sancito dall'articolo 9 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, in tema di sanzioni amministrative, nei casi di sovrapposizione tra due fattispecie, di cui una penale ed una amministrativa, si deve concludere per l'inammissibilità della doppia sanzione, con applicazione della sola sanzione speciale: il problema che riguarda l'illecito di manipolazione del mercato, è, però, dato dal fatto che l'*incipit* dei commi 1 e 3 dell'articolo 187 *ter* del TUF prevede l'applicazione delle sanzioni amministrative "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", aprendo la norma a differenti e non univoche letture sul punto.

E così, da un lato, una prima impostazione dottrinale, basando il proprio ragionamento soprattutto sulla diversità di contenuto (in punto qualificazione delle condotte, presupposto di pericolo richiesto e qualificazione dell'elemento soggettivo dell'agente) tra l'illecito penale di manipolazione del mercato, di cui all'articolo 185 del TUF, e l'omologo illecito amministrativo di cui all'articolo 187 *ter* del TUF, ha ritenuto che, nonostante la clausola introduttiva dal tenore sibillino, dovesse comunque escludersi il cumulo sanzionatorio. In particolare, la clausola di apertura dell'articolo 187 *ter* del TUF non veniva ritenuta una deroga al principio di cui all'articolo 9 della predetta legge, sussistendo tra le due fattispecie un «chiaro rapporto di specialità (sia pure "bilaterale")»¹⁰. In questo senso, avrebbe dovuto applicarsi solo la sanzione

10 In questo senso, C. E. PALIERO, "Market abuse" e legislazione penale: un connubio

amministrativa nei casi in cui, verificata la specialità della situazione, la norma amministrativa avesse escluso quella penale, mentre invece avrebbe dovuto valere la clausola di riserva dell'articolo 187 *ter* del TUF per le ipotesi in cui, non sussistendo una situazione di specialità, si fosse determinato un vero e proprio concorso formale tra le due figure; trovando applicazione in questo secondo caso il *principio di consunzione*, in base al quale il delitto (in quanto più grave) consuma ed esclude l'illecito amministrativo (meno grave)¹¹.

Questo sforzo interpretativo della dottrina, da valutare positivamente in quanto ha cercato di limitare il cumulo sanzionatorio tra fattispecie penale ed amministrativa, ponendosi quindi in senso decisamente più rispettoso nei confronti dei principi dell'ordinamento, presenta però gravi lacune. Secondo altra, attenta, dottrina, due principalmente sono i punti critici di tale impostazione: il primo discutibile profilo attiene al fatto che «essa si richiama a una categoria di specialità, quella cd. “bilaterale”, che non può essere a rigore ricondotta né nella previsione dell'articolo 15 c.p., né nella previsione dell'articolo 9, Legge n. 689/1981, le quali postulano - situazione che non si riscontra nelle due fattispecie di manipolazione del mercato - una relazione logico-strutturale tra norme di cui una sia (e non: “resti”, dopo che si scelga la norma da applicare) generale e l'altra sia (e non: “divenga”, con scelta di essa come sola da applicare) speciale»¹². Il secondo aspetto su cui tale orientamento non può essere condiviso attiene all'espresso dato normativo contenuto negli articoli 187 *duodecies* e 187 *terdecies* del TUF, i quali «dettano precise disposizioni per le ipotesi in cui tanto il procedimento penale che quello amministrativo si instaurino e giungano a conclusione in relazione ai medesimi fatti»¹³. Sulla base di queste motivazioni oltre che del tenore letterale della

tormentato, in *Corr. merito*, 2005, 811.

11 Sostiene questa tesi, C. E. PALIERO, “Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato, cit., 811. In dottrina concordano, tra gli altri, S. PREZIOSI, *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari, 2008, p. 196; C. SANTORIELLO, *Il reato di manipolazione del mercato*, in ID. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, 2008, 794. Contrario al cumulo sanzionatorio anche A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in ID. (a cura di), *I reati del mercato finanziario*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, IX, Padova, 2007, 153 ss.

12 Testualmente, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 215; l'autore riporta le parole in argomento di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 164, il quale parla più che di “specialità bilaterale”, di «interferenza tra norme [...], che come tale non consente da sola di distinguere neppure se si abbia un concorso apparente di norme oppure un concorso reale di norme e di reati».

13 Così, E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., 293; nello stesso senso, F.

clausola di apertura succitata (se il legislatore avesse voluto escludere davvero il cumulo tra le due opzioni meglio avrebbe fatto optando per la clausola “salvo che il fatto costituisca reato”), la maggior parte della dottrina è giunta alla conclusione, pur con i problemi del caso, del concorso tra le due fattispecie, (soluzione suffragata peraltro, dall’intervento della Corte EDU nel caso *Grande Stevens*) interpretando la clausola di apertura dell’articolo 187 *ter* del TUF come effettiva deroga al principio di specialità di cui all’articolo 9 della predetta legge¹⁴.

Ancora, altrove si è giustamente osservato che «il sistema ipotizzato dalla Legge n. 62/2005 guarda con favore al modello del “doppio binario”»¹⁵. E se si analizzano brevemente le norme del TUF già citate, in tema di coordinamento tra procedimenti, ciò emerge in tutta la sua chiarezza. Da un lato, infatti, l’articolo 18 *duodecies*, rubricato “Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione”, disponendo che “il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all’articolo 187 *septies* non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione”, esprime effettivamente la scelta legislativa per il cumulo di entrambi i procedimenti. Mentre, d’altro lato, l’articolo 187 *terdecies*, rubricato invece “Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale”, introduce una limitazione alla duplicazione delle sanzioni pecuniarie (previste sia nell’illecito penale che in quello amministrativo), temperando in parte gli effetti del cumulo tra i due procedimenti, disponendo perciò che “quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell’ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’articolo 187 *septies*, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall’Autorità amministrativa”.

In giurisprudenza, merita un cenno più approfondito sentenza della

D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 216.

14 Tra gli altri, sono concordi in questo senso, E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 293; L. D. CERQUA, voce “*Reati di aggio*”, cit., 903; F. D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., p. 216; G. LUNGHINI, *Lamanipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1479; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO), III, Milano, 2006, 2644; ID., *Market abuse e insider trading: l’apparato sanzionatorio*, III, Milano, 2006, 89; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, cit., 709.

15 D. FONDAROLI, *L’illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 160.

Cassazione 16 marzo 2006, n. 15199¹⁶, che, pur non entrando specificatamente nel merito del dibattito dottrinale sull'alternatività o meno delle due fattispecie, si era comunque espressa nel senso di dare rilievo ad alcuni elementi di differenziazione tra illecito penale ed illecito amministrativo. Senza entrare nel merito della vicenda, si può concordare con chi afferma che «dalla sentenza sembra potersi dedurre che gli elementi che connotano diversamente l'illecito penale, rispetto a quello amministrativo, concernono: a) la *tipologia* delle manipolazioni (ovvero le modalità “artificiose” in senso stretto); b) la cd. “idoneità alterativa” sul prezzo di mercato. Tali elementi lasciano deporre per la conclusione secondo cui l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato si differenzia da quello penale per il fatto di essere strutturato con *modalità più blande* sotto il profilo della *fraudolenza*, nonché delle capacità della condotta di incidere sul meccanismo di formazione dei prezzi»¹⁷. Di conseguenza ciò che effettivamente differenzia l'illecito amministrativo da quello penale sarebbe l'attitudine offensiva della condotta: l'articolo 187 *ter* del TUF troverebbe applicazione solamente nel caso in cui le condotte non possano considerarsi “truffaldine” o “artificiose” configurando un *pericolo* solamente presunto od *astratto*, in cui la manipolazione non è in grado di determinare concretamente il rischio di una sensibile alterazione dei prezzi. Viceversa, l'articolo 185 del TUF, da solo o, se del caso, integrato con la fattispecie amministrativa, dovrebbe risultare integrato «in presenza di condotte dirette a realizzare operazioni simulate o altri artifici, nonché in quei casi in cui tali azioni siano idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari»¹⁸.

In tal modo, i giudici della Suprema Corte avevano cercato di disegnare un confine sensato tra le due fattispecie, relegando all'illecito amministrativo quelle condotte non considerate tanto gravi da dover essere previste come reato, con il fine di tracciare un diverso ambito operativo tra le due fattispecie ed eludere, almeno in parte, il problema del cumulo sanzionatorio. Non era però già allora sfuggito ad attenti osservatori che in tale sentenza «rimangono tuttavia irrisolti i numerosi problemi applicativi che emergono dalla lettura

16 Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, in *www.plurisonline.it*.

17 In questo senso, E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 295, che riprende il ragionamento di M. B. MAGRO, *Le manipolazioni di mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, cit., 63-64; Cfr. anche, in commento a tale sentenza, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 218; D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 159-160; M. B. MAGRO, *Le manipolazioni di mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, cit., 61 ss.

18 Ancora, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 218, che riprende Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, cit., 56

delle altre disposizioni in tema di abuso di mercato. Nella stessa pronuncia, invero, si sottolinea come la “tecnica legislativa inconsueta” utilizzata dal legislatore sia destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi¹⁹.

In questo senso, la spia emersa nel processo di primo grado relativo al caso *Ifil*, in cui le difese degli imputati avevano proposto una questione di legittimità costituzionale in relazione alle fattispecie di cui agli articoli 185 e 187 *ter* del TUF proprioperviolazione del *ne bis in idem*, assumendo che entrambe le norme sanzionerebbero lo stesso fatto, ha gettato le basi per le soluzioni a cui è giunta successivamente la Corte EDU, nonostante la sentenza del Tribunale di Torino che, sulla scorta delle conclusioni affermate dalla Cassazione nella succitata pronuncia, aveva ritenuto non rilevante la questione. Con una problematica impostazione della questione del pericolo concreto della fattispecie penale, tesa a distinguere chiaramente il reato dall’illecito amministrativo, impostazione smentita in seguito dalla stessa Cassazione, il Tribunale di Torino aveva negato che le due fattispecie disciplinassero il medesimo fatto, ritenendo perciò che si trattasse più correttamente di fatti “omogenei ma non sovrapponibili”²⁰; risultando esemplarmente di una soluzione improntata a salvare il sistema, che non ha potuto però reggere all’urto della pronuncia della Corte EDU.

5. Soluzioni giurisprudenziali.

Si ritiene pertanto necessario comprendere in quali circostanze l’applicazione della sanzione amministrativa (temporalmente precedente) possa rappresentare il limite all’applicazione del processo e della successiva sanzione penale. In questo senso, è stato affermato dalla dottrina che «il fulcro dell’anomalia sta in ciò: nel caso [...] di convergenza sul medesimo fatto, illecito penale e corrispondente illecito amministrativo concorrono, in deroga al principio di specialità sancito dall’articolo 9, Legge 24 novembre 1981, n. 689; con conseguente cumulo [...] delle rispettive sanzioni. Un *bis in idem* sostanziale, dunque, cui fa da *pendant* un *bis in idem* processuale, neppure “temperato” da un ordine di priorità: processo penale e procedimento sanzionatorio amministrativo [...] marciano ognuno sul proprio binario, in piena autonomia, benché attinenti al medesimo episodio concreto»²¹.

19 E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., 296.

20 Riflessioni sul tema sono contenute in E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 298 ss.; D. FONDAROLI, *L’illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 161-162.

21 G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio*

Ed è questa, infatti, la censura alla normativa di manipolazione del mercato predisposta dal legislatore italiano (ma estendibile evidentemente anche all'altro illecito in materia di abusi di mercato) che è stata mossa dalla seconda sezione della Corte EDU con la sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014, sentenza arrivata ad epilogo della complessa vicenda *Ifil-Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a.z.*²².

La sentenza *Grande Stevens*, divenuta definitiva con il comunicato emesso l'8 luglio 2014 nel quale viene rigettata la richiesta di rinvio alla Grande Camera presentata dallo Stato italiano²³, ha stravolto enormemente il sistema a doppio binario previsto dal nostro ordinamento in relazione agli illeciti di *market abuse*²⁴. Eppure, più che di fulmine a ciel sereno, è stato efficacemente sottolineato in dottrina che la decisione presa, data la situazione della materia,

binario o binario morto?, in *Riv. soc.*, 2014, 954.

22 Per una ricostruzione della vicenda si veda, tra gli altri, M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 694 ss.

23 Cfr. il comunicato stampa n. 203 (2014) dell'8 luglio 2014, con commento di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it.

24 La letteratura sull'argomento è vastissima. In dottrina, tra gli altri, cfr. G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3099 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614 ss.; ID., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., p. 218 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 953 ss.; B. L'AVARINI, *Corte europea dei diritti umani e bis in idem: lacrisidel "doppiobinario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 82 ss.; A. MASCIA (a cura di), *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giuridico*, 2014, 707 ss.; A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., 693 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in www.penalecontemporaneo.it; C. ZACCONE, F. ROMANO, *Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 147 ss. In argomento, cfr. inoltre la Relazione n. 35/2014 dell'Ufficio del ruolo e del massimario della Cassazione (*"Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia"*), disponibile all'indirizzo web: <http://www.cortedicassazione.it>.

si sia presentata al contrario «come un terremoto annunciato da un intenso sciame sismico che, pur non consentendo di prevedere il momento in cui la scossa tellurica più violenta si verificherà, segnala agli esperti “sismologi” l’inevitabile verificarsi, prima o poi, di un evento distruttivo»²⁵. In tale pronuncia, la Corte EDU ha infatti sanzionato l’Italia per violazione dell’articolo 6 della CEDU (diritto ad un equo processo) e, soprattutto, dell’articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (diritto di non essere giudicato o punito due volte); va notato che la Corte di Strasburgo è giunta a tali conclusioni a seguito della nozione pragmatica ed “allargata” di materia penale.

Nella materia penale, secondo i Giudici, è, infatti, ricompreso l’illecito di cui all’art. 187 *ter* del TUF da cui deriva, evidentemente, la conseguenza che, con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna relativa a tale illecito, la celebrazione di un secondo procedimento penale per gli stessi fatti viola il principio del *ne bis in idem*, contenuto nell’articolo 4 del Protocollo n. 7. La Corte di Strasburgo precisa inoltre, richiamando un proprio precedente sul punto, che il concetto di *idem*, contenuto nell’articolo 4 del citato Protocollo, vada interpretato appunto nel senso di medesimo fatto concreto (*idem factum*), a nulla rilevando se gli elementi costitutivi delle due fattispecie siano identici o meno (*idem legale*), e quindi che tale norma «vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo

“illecito” nell’ambito di un unico fatto che è sostanzialmente gli stessi»²⁶.

5.1. La giurisprudenza successiva alla sentenza Grande Stevens.

La quinta sezione penale della Corte di Cassazione, nell’ambito di un processo per abuso di informazioni privilegiate in cui il giudicato sul piano amministrativo si era preventivamente formato, ha scelto la strada dell’incidente di legittimità costituzionale²⁷. Trovandosi di fronte a un’altra possibile violazione del divieto del *ne bis in idem* così come delineato dalla Corte Europea, i giudici di legittimità hanno sollevato in via principale la questione di legittimità costituzionale relativa al contrasto fra l’art. 117, comma 1, Cost. e la norma amministrativa in materia di *insider trading* (art. 187 *bis*, comma 1, T.U.F.) che prevede la “clausola di cumulo” (*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato*) in luogo della clausola di sussidiarietà (*salvo che il fatto costituisca reato*). La sostituzione richiesta alla

25 Così, F. D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, cit., 615.

26 Cfr. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, § 219.

27 Cass. Pen., Sez. V, ordinanza 10 novembre 2014, n. 1782.

Corte Costituzionale avrebbe avuto l'effetto di rendere residuale l'illecito amministrativo rispetto alla parallela fattispecie penale. I medesimi Giudici hanno, inoltre, posto la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non considera anche il caso della decisione amministrativa circa un illecito qualificato come amministrativo dal diritto interno, ma sostanzialmente penale ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo.

Sulla scia della giurisprudenza di legittimità, anche il Tribunale di Bologna ha interpellato la Corte Costituzionale in merito all'art. 649 c.p.p. e ha formulato, a differenza della Corte di Cassazione, un *petitum* calibrato sulla fattispecie oggetto di giudizio, l'omesso versamento dell'IVA²⁸.

Nonostante il merito di tale tentativo, vi è chi ha sottolineato che la dichiaratoria di incostituzionalità manipolativa dell'art. 649 c.p.p. rimarrebbe una «soluzione-tampone», rendendosi necessaria anche una modifica delle norme sostanziali che consentono la sovrapposizione di sanzioni²⁹. Si arriverebbe alla codificazione della regola “vince chi arriva prima”: il trattamento sanzionatorio sarà penale o amministrativo a seconda di quale dei due procedimenti verrà deciso definitivamente per primo.

Quanto alla questione di legittimità costituzionale posta dalla Corte di Cassazione, la risposta della Corte Costituzionale è giunta il 12 maggio 2016 con il deposito della sentenza n. 102. La Consulta ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni poste dalla quinta sezione penale. La prima, relativa all'art. 187 *bis* del TUF non è rilevante nel giudizio *a quo*; è anche inammissibile perché «*non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del ne bis in idem, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale ai sensi del precedente art. 184, benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e benché, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura “sostanzialmente” penale, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

La seconda questione, avente ad oggetto l'art. 649 c.p.p., è stata giudicata anch'essa inammissibile in quanto «*la stessa Corte rimettente, tuttavia, evidenzia che l'accoglimento di tale questione determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente*».

28 Trib. Bologna, 21 aprile 2015, in www.penalecontemporaneo.it.

29 FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?* in *Riv. soc.*, 5, 2015, 880.

Ancora: «nel ragionamento del giudice rimettente tali “incongruenze” dovrebbero soccombere di fronte al prioritario rilievo da conferire alla tutela del diritto personale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto, [...] sotto questo aspetto si coglie il carattere perplessivo della motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione subordinata, che ne segna l’inammissibilità»³⁰.

Come sottolineato da più autori la Corte Costituzionale ha “deciso di non decidere”, affermando di non aver compreso la portata dell’intervento che le è stato richiesto³¹. È comprensibile che la Consulta non si sia voluta spingere fino ad estendere il meccanismo di cui all’art. 649 c.p.p., trasformandolo in una “mina vagante” nell’ordinamento³². Non spetta infatti ad essa intervenire “additivamente” per eliminare le cause della violazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale e processuale. Sulla base di tale conclusione si apre la strada all’ultima delle soluzioni possibili sul tema, l’intervento del legislatore.

Da ultimo occorre dare brevemente cenno dell’ordinanza della Cassazione del 13 ottobre 2016³³, che ha ritenuto di trasmettere gli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea al fine di verificare se la normativa in tema di abusi di mercato sia – o meno – compatibile con i principi della Carta EDU. Appare una scelta interessante in quanto si tratta del medesimo procedimento nel quale già era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, respinta al mittente con la Sentenza n. 102/2016, di cui si è dato poc’anzi conto.

L’occasione per prevenire le future eventuali violazioni del principio del *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato poteva essere il recepimento della direttiva 2014/57/UE³⁴. Con l’adozione della predetta direttiva e del

30 Corte Costituzionale, 12 maggio 2016, n. 102, reperibile su www.giurcost.org/decisioni/2016/0102s-16.htm.

31 F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, e S. SCAPIN, *Market abuse: inammissibilità delle questioni di costituzionalità e conseguente salvezza del doppio binario sanzionatorio*, in www.giurisprudenzapenale.com.

32 G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., 881.

33 Cass. Civ., sez. Trib., ord. 20 settembre 2016 (dep. 13 ottobre 2016), n. 20675 con commento di F. VIGANÒ, *A never ending story? Alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, 2016, in www.penalecontemporaneo.com.

34 Soluzione auspicata da G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 964.

regolamento 2014/596/UE, il legislatore avrebbe potuto apportare delle modifiche agli artt. 185 e 187 *ter* del TUF, con l'obiettivo di eliminare le cause di violazione del *ne bis in idem*; tuttavia, ad oggi nessuna delle due disposizioni risulta mutata.

Al momento vi sono alcune proposte di riforma suggerite dalla dottrina per superare il problema del cumulo delle sanzioni, tra cui³⁵: la possibilità di coordinare le due fattispecie, prevedendo che siano applicabili le sanzioni amministrative nei casi meno gravi, tramite la modifica della predetta clausola contenuta nell'art. 187 *ter* del TUF; l'eventuale modifica del reato di manipolazione del mercato, che, se trasformato in un reato di danno, richiederebbe per il realizzarsi della fattispecie l'effettiva alterazione del prezzo degli strumenti finanziari; l'opportunità di sanzionare amministrativamente le sole condotte colpose.

Quale sia la soluzione migliore non è dato al momento sapersi. Ciò che appare auspicabile è un utilizzo da parte dei Giudici della norma penale (art. 185 del TUF) con la massima garanzia possibile a fronte di un illecito amministrativo già irrogato. Ciò al fine di non incorrere in una nuova violazione della Carta EDU con i relativi profili sanzionatori per il nostro paese.

35 M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., 708.

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. Michele Rosboch, *Fra angustie di coscienza e ordine politico*, 2017
2. Daniela Ronco, Giovanni Torrente, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, 2017

